

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO

JOSÉ ALISSON DA SILVA MENEZES JÚNIOR

LIMITES DA PUBLICIDADE FRENTE À VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

SANTA RITA – PB
2018

JOSÉ ALISSON DA SILVA MENEZES JÚNIOR

LIMITES DA PUBLICIDADE FRENTE À VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parcial exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr^a Duina Mota de Figueiredo Porto.

**SANTA RITA – PB
2018**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

J951 Junior, Jose Alisson da Silva Menezes.
Limites da Publicidade Frente à Vulnerabilidade do
Consumidor / Jose Alisson da Silva Menezes Junior. -
João Pessoa, 2018.
57 f.

Orientação: Duina Mota de Figueiredo Porto.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Publicidade enganosa. Publicidade Abusiva. I. Porto,
Duina Mota de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

JOSÉ ALISSON DA SILVA MENEZES JÚNIOR

LIMITES DA PUBLICIDADE FRENTE À VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parcial exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr^a Duina Mota de Figueiredo Porto.

Data de aprovação: ____ de _____ de _____

Banca examinadora:

Prof. Dr^a Duina Mota de Figueiredo Porto

Prof. Alex Taveira Santos

Prof. Andrea Costa do Amaral Motta

A Arnor Francisco e Pedro Bezerra de
Menezes (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter permitido que, caminhando a pequenos passos, eu pudesse chegar até aqui, sem deixar que as barreiras da vida pudessem derrubar-me, dando-me saúde e foco para correr atrás dos meus sonhos. A meu pai e minha mãe, por terem me dado amor, educação e terem possibilitado todas as conquistas de minha vida. À minha irmã, que sempre me ajudou e incentivou para que eu pudesse seguir todos os meus objetivos, superando todos os empecilhos que a vida colocou em meu caminho. Aos meus avôs (*in memoriam*) que sempre tiveram o sonho de ver seu neto formado, contribuindo de todas as formas possíveis para que eu pudesse obter essa e muitas outras vitórias, principalmente com o carinho que existe até hoje em meu coração. Às minhas avós, por apoiarem minhas decisões, acreditando no meu potencial. Aos meus tios e tias, primos e primas, por estarem a meu lado, auxiliando-me em cada novo passo. A todos os meus professores, por terem contribuído na construção do meu hodierno conhecimento, em especial minha orientadora, Professora Dr^a Duina Mota de Figueiredo Porto, por ter dedicado tanto do seu tempo para a orientação deste presente Trabalho de Conclusão de Curso, sempre corrigindo o que necessitava e me auxiliando de todas as formas possíveis, acreditando na minha capacidade. A meus colegas de sala, por estarem junto a mim nesta caminhada. A todos os funcionários do Departamento de Ciências Jurídicas, que, cada um com sua função, tornou possível meu sonho de concluir o curso de Direito. Embora não tenha sido fácil, sinto-me orgulhoso de ter passado por cada problema, de ter enfrentado cada barreira e de ter conseguido levantar-me após cada queda. A todos, meu muito obrigado, o fato de não estar sozinho me fez conseguir enfrentar tudo isso e chegar até aqui.

RESUMO

A publicidade caracteriza-se por ser um eficaz meio de divulgação dos produtos e serviços das empresas, mas deve observar limites impostos por lei, a fim de respeitar o consumidor, que ocupa uma posição de vulnerabilidade frente ao fornecedor-anunciante. O objetivo do trabalho é analisar quais os limites da atividade publicitária para que os anúncios não se tornem perigo ao consumidor, quando na verdade deveriam possibilitar o conhecimento acerca do que está sendo ofertado. Tal objetivo será alcançado por meio da pesquisa bibliográfica e exploratória, buscando a familiarização com o tema da publicidade enganosa e abusiva frente à vulnerabilidade do consumidor; documental, utilizando-se da lei e de jurisprudências pertinentes; além da análise de casos práticos voltada à responsabilização dos sujeitos anunciantes quando não respeitados os limites legais. Trata-se de pesquisa pura, com fins de ampliação do conhecimento sobre a publicidade e seus limites, através de abordagem qualitativa e dedutiva para alcançar tais fins, além de descritiva, descrevendo conceitos importantes sobre publicidade e seus limites frente à vulnerabilidade do consumidor. É de suma importância que o conhecimento acerca dos limites da publicidade seja difundido uma vez que grande parte dos consumidores desconhece seus direitos e a possibilidade de responsabilização dos causadores de danos provenientes da publicidade indevida. Assim, viabiliza-se que direitos sejam defendidos frente às inúmeras ofensas sofridas todos os dias, seja a partir de campanhas de conscientização a respeito do consumo e dos direitos do consumidor, seja por meio de disciplinas curriculares obrigatórias desde o ensino infantil, com a mesma finalidade.

Palavras-chave: Publicidade enganosa. Publicidade abusiva. Vulnerabilidade. Responsabilização.

ABSTRACT

The advertising is characterized for being an effective means of disseminating products and business services, but it must observe the limits imposed by law, in order to respects the consumer, who holds a position of vulnerability in front of the supplier-advertiser. The objective of this work is annalising wich limits the advertising activity so that the announcements do not become dangerous for the consumer, when in fact it should enable the knowledge of what is being offered. Such objective will be achived through bibliographic and exploratory research, seeking to familiarization with the topic of misleading and abusive advertising in the face of consumer vulnerability; documental analysis, using the relevant law and jurisprudence; besides the analysis of practical cases aimed at the accountability of the advertiser when the limits of the law are not respected. It is pure research, with the purpose of increasing the knowledge about advertising and its limits, through a qualitative and deductive approach to achieve such ends, in addition to descriptive, describing the important concepts of advertising ans its limits in front of the consumer vulnerability. It is of the utmost importance that the advertising boundaries be disseminated since a large number of consumers are unaware of their rights and the possibility of liability of those responsible for damages arising from undue publicity. Thus, it is possible that the rights are defended against numerous offenses suffered every day, whether through awareness campaigns about consumption and cosumer rights, either through compulsory curricular disciplines from pre-primary education, with the same purpose.

Keys-words: misleading advertising; abusive advertising; vulnerability; liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE PUBLICIDADE	11
2.1 PUBLICIDADE, PROPAGANDA E MARKETING.....	12
2.2 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA	15
3 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	20
3.1 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.....	21
3.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	24
3.3 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO	25
3.4 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E ÔNUS DA PROVA	26
3.5 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO	29
3.6 PRINCÍPIO DA VERACIDADE	31
3.7 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	33
3.8 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE.....	34
4 LIMITES E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	36
4.1 LIMITES À PUBLICIDADE.....	38
4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA	41
4.3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR- ANUNCIANTE.....	44
4.4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS AGÊNCIAS PUBLICITÁRIAS E VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIDADE	46
4.5 MEIOS DE REVERSÃO DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA	48
4.6 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO.....	49
4.7 EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
6 REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso visa a tratar do tema dos limites à publicidade frente à vulnerabilidade do consumidor. Obviamente, a publicidade é de extrema importância na divulgação de produtos para a sociedade, por se tratar de uma atividade de comunicação entre o fornecedor e o destinatário final, apresentando produtos e serviços a um público-alvo de consumidores. No entanto, quando não observados os limites essenciais, esse tipo de atividade pode tornar-se um meio de indução do consumidor ao erro.

A partir do estudo do mercado, por meio de estratégias de marketing, é possível que as empresas identifiquem a melhor maneira de publicizar seus serviços ou produtos. Porém, o que muitas empresas costumam fazer é usar de meios que conduzem o consumidor ao erro ou que o atraem de modo abusivo a consumir determinado bem ou serviço que, na verdade, ele não precisa ou que não corresponde ao que estava sendo divulgado.

Através desses meios desleais de divulgação de produtos, o fornecedor acaba por agravar ainda mais os problemas da sociedade hodierna, principalmente o chamado hiperconsumo – o consumo exagerado para satisfazer interesses individuais, que, por sua vez, acabam entrando em um paradoxo de felicidade, no qual se consome para satisfazer os desejos que nunca cessam, estando a felicidade cada vez mais submetida ao mercado.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), como se sabe, trata o consumidor como parte vulnerável na relação de consumo, conforme dispõe em seu art. 4º (BRASIL, 1990). Não poderia ser diferente no que tange aos aspectos publicitários, dispondo de meios para limitar a publicidade e impedir que ela seja feita de modo abusivo ou enganoso.

O referido dispositivo legal não se omite da função de responsabilizar aqueles que se utilizam da publicidade enganosa ou abusiva, de forma que será analisado como o diploma infraconstitucional trata o fornecedor-anunciante, a agência de publicidade e os veículos de comunicação nesses casos.

Destarte, a busca das empresas por lucro não pode ultrapassar limites exigíveis às garantias trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo que, devido a sua condição de vulnerabilidade, o consumidor não sofra prejuízos decorrentes do erro induzido pelo fornecedor.

Tendo em vista a importância da publicidade e, concomitantemente, os prejuízos advindos da mesma, no caso de ser feita de modo indevido, o problema a ser analisado neste

Trabalho de Conclusão de Curso é: como o Código de Defesa do Consumidor limita as formas publicitárias, protegendo o consumidor vulnerável na relação de consumo?

Mesmo a Lei 8.078/90 não sendo tão recente, a questão da publicidade enganosa e abusiva ainda é muito recorrente. Não é difícil encontrar publicidades que de algum modo induzam o consumidor ao erro ou ao consumismo exagerado.

Além disso, os destinatários finais dos produtos divulgados, muitas vezes, não conhecem as regras legais que limitam o exercício de tal atividade, não os buscando quando necessário, permitindo, assim, que essa prática continue sendo exercida pelos fornecedores.

A publicidade não apenas cumpre seu fim de divulgar o produto, mas também, a depender do modo como é feito – através da persuasão, por exemplo – pode padronizar comportamentos e criar necessidades aparentes, incentivando o consumismo.

Não obstante, embora não seja requisito para responsabilização do fornecedor-anunciante, agência ou veículo de comunicação, alguns também não possuem o conhecimento legal necessário no que se refere aos limites da publicidade. Mas, grande parte das vezes, o fornecedor usa deliberadamente de meios que sirvam à obtenção de lucro, sem se importar com o prejuízo que isso pode causar ao consumidor.

Deste modo, a escolha do tema justifica-se por sua contemporaneidade, pela falta de conhecimento sobre os limites da publicidade e também em razão da utilização deliberada, pelo fornecedor do artifício do anúncio enganoso ou abusivo como mero modo de atingir fins econômicos, sem se importar com as consequências sociais de seu ato. Assim, a responsabilização do fornecedor-anunciante, agência e veículos de comunicação e os devidos direitos do consumidor nos casos de publicidade enganosa e abusiva impulsionam este Trabalho de Conclusão de Curso.

O objetivo principal do trabalho é analisar quais os limites postos à publicidade, para que esta não se torne abusiva ou enganosa, descumprindo sua função frente aos consumidores. Os objetivos específicos, por sua vez, são a diferenciação de termos como “marketing”, “propaganda” e “publicidade”; a análise do tema em questão – limites da publicidade frente à vulnerabilidade do consumidor – sob a ótica dos princípios dispostos no Código de Defesa do Consumidor; a pesquisa sobre decisões jurisprudenciais acerca da limitação à publicidade; além de averiguar a possível responsabilização dos fornecedores-anunciantes, agências de publicidade e veículos de informação nos casos de publicidade enganosa ou abusiva.

Sobre a metodologia, conforme tipo de pesquisa, trata-se de um trabalho bibliográfico, visando à familiarização com o tema da publicidade e seus limites frente à vulnerabilidade do consumidor; documental, a partir de documentos legais e jurisprudenciais pertinentes; e

também descritiva e exploratória, com a análise de casos práticos, observando se há responsabilização dos fornecedores e publicitários nos casos de publicidade indevida.

Quanto à tipologia da pesquisa, segundo a utilização de resultados, trata-se de uma pesquisa pura, com o fim de ampliar o conhecimento acerca do tema da publicidade e seus limites, frente à vulnerabilidade do consumidor. Segundo a abordagem, trata-se de pesquisa qualitativa e dedutiva, pelo objetivo de acrescentar conhecimento e por partir da análise de informações já estabelecidas e conhecidas, em busca de conclusões acerca do tema em questão.

A investigação da temática proposta divide-se em três capítulos. No primeiro, abordam-se as noções gerais sobre a publicidade, diferenciando termos como “marketing”, “propaganda” e “publicidade”, bem como sobre publicidade enganosa e abusiva.

O segundo capítulo trata da publicidade sob a ótica dos princípios constitucionais e demais princípios presentes no Código de Defesa do Consumidor, no contexto do pós-positivismo, em que o nosso ordenamento protege o consumidor contra atos abusivos por parte do fornecedor-anunciante.

No terceiro capítulo, analisam-se os limites da publicidade, a fim de que esta não seja abusiva, enganosa e prejudicial ao consumidor. Observar-se-á o entendimento adotado em decisões judiciais sobre a tutela dos direitos do consumidor nesses casos, e como são responsabilizados os participantes do ato publicitário. Ainda neste capítulo, será visto como o ordenamento pátrio estabelece meios de reverter a publicidade enganosa e abusiva. Por fim, mostrar-se-á o efeito causado pela publicidade indevida na sociedade de hiperconsumo.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE PUBLICIDADE

A “publicidade” é um termo que muitas vezes se confunde com “propaganda” e “marketing”. O próprio Código de Defesa do Consumidor, em diversas passagens, trata-os como sinônimos. Porém, tendo em vista que o presente trabalho propõe uma abordagem científica, e que a temática é sobre a publicidade (quando realizada de modo enganoso e abusivo), é preciso definir cada uma dessas expressões, para melhor delimitar o assunto e evitar confusão no uso de tais palavras.

A publicidade, a propaganda e o marketing andam juntos na sociedade de consumo, sendo instrumentos para atrair o consumidor, de forma que esta sociedade se mantenha, ou seja, para que os consumidores continuem a consumir em massa, seja por uma divulgação de produtos e serviços, seja por uma padronização de comportamento dos consumidores, através de propagação de ideias, fomentando um vicioso ciclo de produção e consumo, incentivadores recíprocos – quanto mais se produz, mais se consome, e quanto mais se consome, produção maior será necessária.

Logo, são conceitos importantes para o mercado e, se não seguirem os limites impostos por lei, podem se tornar agravantes dos problemas que atormentam a sociedade contemporânea – seja por incentivar o consumo, por agredir o meio ambiente, com a maior produção de lixo, por exemplo, ou a maior retirada de elementos da natureza, devido a maior fabricação, em virtude de uma maior demanda.

Destarte, não pode a publicidade, a propaganda e o marketing incentivarem de modo desmedido o consumo, levando o destinatário final do produto ou serviço a comprar bens ou contratar prestação de serviço que o prejudique, devido a sua condição de vulnerabilidade – reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, por tratar este Trabalho de Conclusão de Curso da relação entre publicidade e vulnerabilidade do consumidor, é necessário ainda definir quando aquela é enganosa e quando é abusiva, exemplificando para tornar mais fácil o entendimento do que a lei permite e o que proíbe a respeito de divulgação de produtos e serviços.

Faz-se necessário, não obstante, entender por quais meios esses limites são definidos, ou seja, o que os responsáveis por divulgar um produto ou serviço devem observar, ressaltando a relevância do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com outros sujeitos atuantes, como, por exemplo, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

É preciso ainda entender quando a falta da informação caracteriza um engano na publicidade de produtos e serviços, ou seja, quando essa omissão será considerada um ato ilícito

conforme o Código de Defesa do Consumidor. Do mesmo modo, em relação a publicidades de dupla interpretação, em que ao menos uma delas pode lesar a parte vulnerável da relação consumerista.

Por fim, é de extrema importância saber a partir de que momento será considerada a publicidade enganosa ou abusiva, isto é, se é necessário haver efetivo prejuízo ao consumidor ou se basta o potencial perigo de causar danos, de lesar o destinatário final daquela mercadoria.

2.1 PUBLICIDADE, PROPAGANDA E MARKETING

A publicidade é um instrumento de divulgação de produtos e serviços, cujo fim é aumentar o comércio de tais bens, possibilitando que as pessoas adquiram o conhecimento de sua existência e de suas características essenciais (o preço, a qualidade, entre outros) e que isso as atraia a adquirir o bem ou contratar o serviço anunciado, conforme pode-se extrair da obra de Garcia (2016).

A propaganda, por sua vez, seguindo o entendimento de Nunes (2012), visa à divulgação de ideias, isto é, não se trata de transmitir informações sobre um bem de consumo, mas sim noções que se pretendem ser seguidas, podendo ser do campo político, religioso, filosófico, sem haver, de imediato, o interesse lucrativo, comercial.

Embora sejam conceitos diferentes, há uma utilização, muitas vezes, desses termos como sinônimos, inclusive pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, ao tratar, por exemplo, da contrapropaganda como meio de inverter (ou amenizar, pelo menos) os efeitos da publicidade enganosa e abusiva. Ora, a contrapropaganda é um meio de inverter os efeitos de uma propaganda, como a própria nomenclatura sugere, mas o CDC cita-a como relacionada à publicidade, confundindo os termos, portanto:

Art. 60. A imposição de **contrapropaganda** será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de **publicidade enganosa ou abusiva**, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A **contrapropaganda** será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva. (BRASIL, 1990, grifo meu)

Do mesmo modo, faz a Constituição Federal de 1988, confundindo esses conceitos na redação de alguns artigos como, por exemplo, o art. 220:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 4º A **propaganda comercial** de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (BRASIL, 1988, grifo meu)

Assim, observa-se que o termo “propaganda” foi usado em uma situação em que caberia, adequadamente, a publicidade. Isso porque fala-se em finalidade comercial, isto é, trata-se divulgação de produtos e serviços (o tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias), sendo estes objeto do mercado, havendo lucro envolvido, e não uma propagação ideológica – se assim o fosse, a utilização do termo estaria correta.

Os conceitos também são popularmente considerados idênticos. Em definições de dicionários, é comum encontrar um breve conceito acompanhado da ideia de que são semelhantes. Neste sentido, Houaiss, Villar, Franco (2009), entendem que a propaganda é uma ideia propagada e logo em seguida faz referência à publicidade. A publicidade, por sua vez, se exprime, segundo os autores, no fato de ser público ou no ato de tornar público um bem de consumo, na intenção de incentivar a compra, no entanto, logo em seguida fazem referência ao termo “propaganda”, passando a ideia de que são idênticos. Assim, entende-se, popularmente, que, embora existam algumas diferenças, isso não precisa significar o uso discriminado dos dois termos, sendo utilizados, comumente, como sinônimos.

Hodiernamente, a propaganda acaba sendo utilizada, em alguns casos, como meio de uniformização de comportamentos. Assim, embora as propagandas não falem diretamente de um produto ou serviço, acabam criando um comportamento padrão e incentivando que este seja seguido por toda a população.

Esta conduta que se pretende uniforme resulta em uma ligação entre a propaganda e a publicidade, tendo em vista que a primeira ajuda na recepção e adesão aos objetivos da segunda, quando a ideia que se tenta implantar é a que favorece a compra de produtos e contratação de serviços. Deste modo, é divulgada, por exemplo, a ideia de consumo em massa e, ao ser transmitida a informação sobre o produto ou serviço específico de determinada empresa, o indivíduo sente-se atraído, devido à já existente conduta de consumo massificado, implantada ideologicamente.

A própria lógica capitalista permite esse direcionamento da publicidade e da propaganda à produção e correspondente consumo excessivo, tornando esta relação um ciclo infinito diretamente proporcional entre oferta e demanda, sendo isso de interesse da industrialização em massa.

Embora andem juntas muitas vezes, existem diferenças entre as expressões citadas. Nunes (2012), não obstante a sua posição de que a confusão desses termos não causa problemas, diferencia os mesmos a partir da ideia de que a propaganda seria a transmissão do que deve ser propagado, voltada à ideologia. Já a publicidade é algo feito publicamente.

Complementando este posicionamento, outro autor que auxilia no entendimento dessa distinção é Garcia (2016), segundo o qual, enquanto a propaganda não tem fim diretamente lucrativo, mas sim de difundir ideias, sejam elas de qualquer natureza (religiosa, política, entre outras), a publicidade possui tal finalidade, divulgando produtos e serviços para fomentar o comércio.

Ou seja, enquanto a publicidade trata-se de uma divulgação (mediante pagamento de valores para tanto) de produtos ou serviços, com objetivo comercial – de vender ou fazer com que o consumidor contrate algum serviço –, constando sempre a identificação daquele que a patrocina, a propaganda não possuiria esse objetivo, mas sim apenas a propagação de ideias, sem cunho lucrativo (ao menos em tese) tendo em vista que, na prática, a propaganda acaba por massificar comportamentos que, indiretamente, serão responsáveis por manter o mercado, através do consumo.

O marketing, por sua vez, é bem mais amplo, abarcando a publicidade como um de seus instrumentos. Seguindo o entendimento de Kotler (1996),

Marketing significa trabalhar com mercados, os quais, por sua vez, significam a tentativa de realizar as trocas em potencial com o objetivo de satisfazer às necessidades e aos desejos humanos. Assim, voltamos à nossa definição de que marketing é a atividade humana dirigida para a satisfação das necessidades e desejos, através dos processos de troca (KOTLER, 1996, p.33).

Deste modo, o marketing trata desde a produção até o preço, promoção e praça – seus quatro princípios, conforme entendimento de Kotler (2014) – dos produtos ou serviços do fornecedor, isto é, trata-se de um campo mais extenso, estando a propaganda e publicidade incluídas nas estratégias de marketing, como meios para alcançar sua finalidade.

A publicidade é um dos instrumentos do marketing que possibilita a divulgação do produto ou serviço de determinada empresa, aproximando o fornecedor do consumidor, tornando possível o conhecimento deste último sobre as características da atividade de determinada empresa fornecedora.

Esta divulgação com objetivo lucrativo pode ocorrer de modo institucional ou promocional. A publicidade institucional é aquela que não divulga um produto ou serviço de

determinado fornecedor em específico, mas sim sua marca (divulga a empresa em si, de modo mais amplo). Já a publicidade promocional tem seu âmbito mais restrito, tendo em vista que divulga um determinado produto ou serviço:

A publicidade institucional tem por objetivo anunciar a empresa em si (marca) e não um produto ou serviço seu. Visa institucionalizar a marca, construir uma imagem positiva da empresa no mercado. Como exemplo, tivemos a campanha da Ford durante a 2ª Guerra Mundial. Como não estavam sendo fabricados automóveis e para que a marca não caísse no esquecimento, surgiu o slogan "Há um Ford em seu futuro". A publicidade promocional tem por objetivo convencer o público a comprar o produto ou a contratar o serviço anunciado. Consiste em anúncio de venda propriamente dito para que haja um aumento nas vendas em curto prazo (GARCIA, 2016, p. 237 e 238).

Destarte, analisando cada um desses conceitos (publicidade, propaganda e marketing) como distintos, é possível entender que o tema em questão trata da divulgação de produtos ou serviços realizada de forma paga, para obter lucro, seja aumentando as vendas de um determinado fornecedor, seja lançando produto ou serviço, com vistas a torná-lo conhecido pelo consumidor, ou ainda divulgando a empresa em geral (publicidade institucional).

2.2 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

A publicidade se encontra no âmbito pré-contratual da relação consumerista, isto é, antes de ocorrer a negociação efetiva entre fornecedor e consumidor, sendo neste período inexistente ainda o contrato que origina o consumo. Logo, é de suprema importância que nesta fase exista a boa-fé entre as futuras partes de uma relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente no art. 6º, IV, assegura como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (BRASIL, 1990). Em sentido similar, dispõe o art. 37, §1º segundo o qual publicidade enganosa é:

[...] qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (BRASIL, 1990)

Deste modo, o entendimento que se extrai do dispositivo legal é que será enganoso qualquer tipo de anúncio que trazer informações diferentes das reais características de um produto ou serviço, seja de modo parcial ou integral, sendo o consumidor levado a erro, por

acreditar que o objeto da compra ou contratação seria igual, em suas particularidades, ao que estava sendo demonstrado na divulgação. Assim,

[...] será enganosa quando se puder compará-la ao produto ou serviço real, concreto, da forma como ele se apresenta, para que serve, como é utilizado etc., e na comparação se puder identificar divergência que haja sido capaz de fazer com que o consumidor tenha adquirido o produto ou o serviço (NUNES, 2012, p. 551)

Basta que exista um potencial perigo de enganar, para que a publicidade seja considerada enganosa, isto é, não é preciso que um consumidor compre o produto ou contrate o serviço, para que fique caracterizado esse tipo de divulgação que induz a erro (RAMOS, 2008).

Até mesmo uma divulgação com fins lucrativos que gere ambiguidade pode ser considerada enganosa. Se, por exemplo, um supermercado anuncia um determinado produto de qualidade avançada, colocando abaixo, em letras pequenas, quase ilegíveis, que, na verdade, o preço corresponde a um produto de menor qualidade, já se pode considerar que esta publicidade é enganosa, por dar espaço para que o destinatário final do produto interprete de modo errado acerca do que está sendo divulgado. Da mesma maneira, entendeu o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária no caso “Americanas.com – liquidação de aquecedores”, recomendando alteração do anúncio:

O anúncio de internet da Americanas.com, criado para promover liquidação de aquecedores, é o alvo da representação. Segundo a denúncia, oferecida pelo diretor executivo do Conar, a mensagem é irregular porque **o preço oferecido não condiz com os aparelhos apresentados**. Ao buscar mais detalhes da promoção no site, constata-se que o preço se refere ao aquecedor mais simples, e os que foram anunciados inicialmente custam mais caro. **A ressalva pela expressão "a partir de" não justificaria a exibição de um modelo e informação de preço de outro**. O anunciante, em sua defesa, alega que não incorreu em infração, uma vez que o anúncio tinha por finalidade única atrair a atenção dos consumidores, convidando-os a conhecer de forma mais pormenorizada as promoções oferecidas. Destaca ainda que a expressão "a partir de" está devidamente incorporada à dinâmica das relações comerciais e, portanto, os consumidores estão habituados com ela. Esses argumentos não tiveram acolhida junto ao **relator, que votou pela alteração das mensagens e advertência ao anunciante**, considerando que o Código é claro neste sentido: o anúncio não deve conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por omissão ou **ambiguidade**, leve o consumidor a engano quanto ao produto anunciado. O parecer foi aceito unanimemente. (CONAR, 2008, grifo meu)

Do mesmo modo, a publicidade que se utiliza de excessos nas qualidades – desde que seja algo que fuja dos aspectos subjetivos, considerando a necessidade do anunciante de comprovar que o que está a ser dito corresponde à realidade do produto – poderá ser considerada

enganosa. Como afirma Nunes (2012, p.555), “assim, por exemplo, se o anúncio diz que aquela é a ‘pilha que mais dura’, tem de poder provar. Se é o ‘isqueiro que acende mais vezes’, também. Se é o ‘carro mais econômico da categoria’, da mesma forma, etc”.

Também caracteriza-se como enganosa a publicidade que deixa de observar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Isso porque o referente dispositivo foi construído, justamente com o objetivo de limitar a atividade publicitária, conforme garantia de proteção, devido ao estado de vulnerabilidade daquele que se encontra como destinatário final de um determinado objeto de consumo.

Não obstante, a omissão também caracteriza como enganosa a publicidade. Está prevista no §3º, art. 37, do Código de Defesa do Consumidor, sendo caracterizada pela obscuridade quanto a informações essenciais sobre o produto ou serviço que está sendo divulgado, ou seja, é preciso comunicar ao consumidor sobre as características que podem determinar a compra do bem ou contratação do serviço, e que, obviamente, não fazem parte do prévio conhecimento deste. Algumas dessas informações já são preestabelecidas como obrigatórias pela legislação. Como exemplo:

Dois consumidores, um de Uberaba (MG) e outro de Salvador, apresentaram queixas ao Conar contra ação de merchandising da Tecnomania, argumentando que é confusa na apresentação de informações sobre o preço da câmara digital anunciada, mencionando opções parceladas, mas **omitindo o preço total e a prazo, bem como a taxa de juros praticada**. O anunciante se manifestou, dizendo que está providenciando a adequação da peça de acordo com os parâmetros do Código de Ética. Considerando as irregularidades apontadas, o relator recomendou a alteração do anúncio, aceita unanimemente. (CONAR, 2007, grifo meu)

Abusiva, por sua vez, é a publicidade que discrimina, incita violência, explora o medo ou superstição, aproveita-se de alguma forma da condição de criança, afeta o meio ambiente e a saúde ou segurança do consumidor (BRASIL, 1990):

Ao contrário da publicidade enganosa, a publicidade abusiva não contém nenhuma informação falsa ou omite qualquer dado relevante do produto. A essência da mesma está em se valer da condição de fraqueza das pessoas, inclusive, a psicológica relacionada ao desenvolvimento das crianças, alimentando lendas, superstições, rivalidades para induzi-las ao consumo. Na mesma linha de entendimento, considera-se abusiva a veiculação de qualquer mensagem que leve o público consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança. (KHOURI, 2009, p.66)

Desta maneira, um anúncio que incita o racismo, por exemplo, ou qualquer outro tipo de discriminação, ainda que dele não sobrevenha dano efetivo ao consumidor, é abusivo. A fim

de que não seja considerado publicidade abusiva, não pode o anúncio utilizar-se de discriminação de qualquer tipo, desrespeitar direitos como a dignidade da pessoa humana, incentivar ilegalidades, afetar a intimidade e liberdade de crença, induzir à violência (seja ela física, psicológica ou de qualquer outra natureza), explorar superstição, estimular a degradação do meio ambiente, desrespeitar a condição psicológica de crianças, caso seja esse seu público-alvo, “[...] o uso desrespeitoso da música folclórica, dos folguedos e temas populares que constituem parte integrante do patrimônio cultural do País” (art. 40, Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária), entre outros casos.

Exemplo a ser citado de publicidade abusiva foi o caso da Operadora Claro, em que incentivava, em seu anúncio, o trote (ilegalidade, segundo o art. 266 do Código Penal brasileiro). Nesta ocasião, uma famosa figura do futebol brasileiro ligava várias vezes para outro reconhecido jogador imitando vozes estranhas, o chamado trote. Embora a operadora tenha afirmado que se tratava de uma brincadeira entre amigos, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária entendeu que havia sim um incentivo a ilegalidades, principalmente por se destinar ao público jovem, recomendando que o comercial fosse suspenso – conforme representação nº 233/13, em recurso ordinário, da Conar, mediante denúncia de consumidor, contra a Claro operadora (CONAR, 2014).

Também é de fácil observação a grande quantidade de publicidades discriminatórias, que desrespeitam a dignidade humana, seja por racismo, machismo, xenofobia ou qualquer outro meio. Neste sentido, o CONAR recomendou a sustação de um anúncio de cerveja, em que se explora a figura feminina de modo desrespeitoso:

Grupo de mais de cinquenta consumidores reclamaram de cartazes de ponto de venda e anúncios em revista e internet da cerveja Itaipava, considerando haver neles **machismo e tratamento desrespeitoso às mulheres**. Houve medida liminar de sustação concedida pela relatora contra o anúncio em revista e internet antes do seu julgamento pelo Conselho de Ética.

Em sua defesa, a anunciante explica o contexto criativo das peças publicitárias, alegando adequação (o anúncio foi veiculado em revista masculina) e ausência de apelo excessivo à sensualidade no cartaz de ponto de venda.

A relatora não encontrou dano ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária no cartaz, que considerou bem-humorado, embora de gosto duvidoso. Não teve o mesmo entendimento em relação ao anúncio. "Como se depreende da imagem, **há uma indicação para o consumidor fazer sua escolha entre as diferentes embalagens da cerveja, entre seus respectivos volumes e, sugestivamente, os seios da modelo**", escreveu a relatora em seu voto. Ela entendeu que, neste caso, o bom humor foi superado pelo que chamou de "**contundente apelo à sensualidade, de forma desrespeitosa à figura da mulher**". Votou pela **sustação definitiva do anúncio**, aceito por unanimidade. (CONAR, 2015, grifo meu)

Importante salientar que não se faz necessário analisar o produto ou serviço ou se este trouxe efetivo dano a um consumidor, basta que haja potencial perigo de abusividade, em

relação ao consumidor ideal. Casos de duplo sentido (interpretação) podem ser considerados abusivos se ficar entendido que uma das formas possíveis de interpretação é abusiva. Do mesmo modo se um anúncio que se mostra enganoso, for abstratamente capaz de causar danos.

Analisados esses conceitos, é possível entender o quão grave pode ser o efeito de uma publicidade enganosa e abusiva, por afrontar aos direitos básicos daquele que ocupa a posição de vulnerabilidade em uma relação de consumo. Além disso, após tais explicações, será possível entender quando o consumidor deverá agir e como serão responsabilizados aqueles que utilizarem a publicidade de modo prejudicial, efetiva ou potencialmente, ao consumidor.

3 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Várias correntes guiaram o Direito ao longo de épocas e sociedades distintas. A corrente do Jusnaturalismo, a partir da interpretação da obra de Vanin (2015), percebe o Direito como pré-existente ao homem, sendo, portanto, preceito universal e impossibilitado de sofrer modificações. Assim, o direito positivo necessitaria estar conforme o ideal de justiça para ser válido, ou seja, o Direito seria os valores. Aqui, o requisito de validade é a justiça, isto é, será válido o Direito se conforme os ideais de bem comum. Esta corrente foi seguida por diversos autores como Rousseau (1999), que, em sua obra “O contrato social” trata da formação de um pacto para formação da sociedade, pacto este composto de leis naturais que protegem a vontade coletiva.

A corrente positivista, por sua vez, valoriza muito o que está escrito, deixando de lado princípios, preceitos éticos e morais (REIS, 2010). Um dos principais expoentes dessa teoria é Kelsen (1999), segundo o qual é possível uma teoria pura do direito, em que se encontra o Direito livre de interferência de qualquer outro meio, seja o social, o político. O Direito, sob este aspecto, seria a letra legal, destarte, deve ser seguido fielmente o que se encontra descrito, positivado, visto que isto seria suficiente à manutenção da ordem social. Neste viés, válido é o Direito se estiver positivado em forma de normas jurídicas.

No entanto, frente às novas necessidades sociais e insuficiência de um sistema que se baseia puramente nos valores ou, em contrapartida, que se fixa em letras legais isoladas, surge a corrente pós-positivista, que se caracteriza por dar importância a valores e por reconhecer a força normativa dos princípios.

Assim, conforme Alexy (2008), temos a norma que é formada por regras (mais restritas a casos específicos) e por princípios (disposições mais amplas que permitem a integração do sistema jurídico). Logo, o sistema jurídico vai muito além daquilo que está positivado legalmente, isto é, o nosso ordenamento jurídico liga o Direito e a Moral, não sendo o primeiro um sistema isolado. A aplicação concreta do Direito deve observar o ordenamento jurídico por inteiro, assim como as necessidades sociais:

A teoria dos princípios mostra-se, com isso, como um elemento necessário de uma teoria da coerência. Mas, também, fica claro que o ideal da coerência, como ideal de um sistema de ideias tão perfeito quanto possível, por si só, não basta. Como mera construção de ideias, o sistema não pode viver. Para viver, ele precisa apoiar-se no discurso de pessoas reais. Com isso, certifica-se a visto que somente um sistema complexo, que enlaga ideal e real, pode realizar razão. (ALEXY, 2011)

Destarte, os princípios, como espécie normativa mais ampla, surgem pela impossibilidade de definir, por meio de regras, um remédio a cada relação jurídica que poderá surgir concretamente, sendo possível fazer uma análise do caso concreto com base em normas mais abrangentes e moldáveis (os princípios), conforme dispõe Duarte (20-?), frente à inviabilidade de prever cada caso concreto e sua respectiva solução a ser feita pela simples leitura da letra de lei.

O Direito do Consumidor, como ramo do ordenamento jurídico, não foge à aplicação principiológica das normas. Deste modo, existem diversos preceitos que ordenam de modo geral as relações de consumo, tendo como fulcro a proteção daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade – o consumidor.

Serão descritos os princípios que orientam a política nacional das relações de consumo, e que, por sua vez, permitem uma interpretação das regras conforme o que se preconiza enquanto ideal em uma relação consumerista justa, adaptando a norma mais específica ao caso concreto e suas particularidades a serem observadas.

É importante salientar que estes princípios devem ser utilizados em conjunto, tendo por fim maior a harmonização do sistema jurídico quando aplicado às relações de consumo. Apenas deste modo, será possível proteger o consumidor de práticas que possam lhe prejudicar, pela sua condição reconhecida de suscetibilidade, acarretada principalmente pela falta de domínio técnico sobre o produto ou serviço – diferentemente do que ocorre com a posição ocupada pelo fornecedor-anunciante.

É com a aplicação principiológica do Direito do Consumidor que haverá maior dinamização na aplicação das regras jurídicas, tanto pelo uso dos princípios dispostos especificamente no Código de Defesa do Consumidor, quanto na própria Carta Magna de 1988, possibilitando o fenômeno da constitucionalização do Direito do Consumidor – isto é, analisar a Lei 8078/90 a partir do que já está disposto constitucionalmente como direito fundamental e princípio constitucional.

3.1 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE

Defender os direitos do consumidor é defender a dignidade da pessoa humana. É difícil conceituar o que seria esta dignidade, no entanto, é fácil perceber quando esta é violada – ou seja, é claramente reconhecível do ponto de vista prático, quando ocorre no caso concreto algum

desrespeito a este preceito constitucional. Trata-se de um princípio fundamental trazido inclusive pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a **dignidade da pessoa humana**;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo meu)

Deve a dignidade ser protegida em todos os âmbitos, inclusive no que tange às relações de consumo. Ao surgir, por exemplo, um conflito entre princípios do direito do consumidor, deve prevalecer aquele que melhor satisfizer o princípio fundamental da dignidade humana, isto é, tamanha é a importância deste princípio, que deve ser usado como orientador da aplicação dos demais (THEODORO JUNIOR, 2017).

No dia a dia é fácil perceber a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana presente nos anúncios publicitários, seja por conter alguma mensagem abusiva, seja por levar o consumidor ao engano. No caso abaixo, denunciado por consumidores ao CONAR(2017), houve sustação da mensagem publicitária por haver desrespeito à dignidade da pessoa humana, principalmente a dignidade feminina, ao ser exposta indevidamente em um comercial:

O Conar recebeu centenas de reclamações contra publicidade em mídia social e site de fabricante de móveis, nas quais as **peças são fotografadas sempre ao lado de modelo feminina nua ou seminua**. Para as denunciantes, há clara **objetificação do corpo da mulher e exposição de nudez de maneira totalmente descontextualizada**. Vários consumidores denunciaram também que **a Palmetal, tomando conhecimento das opiniões contrárias à sua comunicação comercial, lançou um "desafio" segundo o qual a empresa se comprometeria a fazer doações a entidade assistencial caso se constatasse o aumento de avaliações positivas de sua página em mídia social**.

[...]

A seguir, a relatora passou a analisar o objeto deste processo ético. Ela o enquadrou nos artigos 1º (respeitabilidade), 3º (responsabilidade do anunciante), 6º (consonância com educação e cultura nacional), 19 (**respeito à dignidade da pessoa humana**) e 20 (coibição a qualquer tipo de ofensa). "Considero que todos os artigos citados foram **desrespeitados pela Anunciante**. Concordo com os consumidores queixosos que as imagens de mulheres nuas e em poses sensuais estão mostradas de maneira descontextualizada. Em outras palavras, **não há nenhuma ligação entre tais imagens e os atributos do produto**. Ao contrário, os textos que acompanham as imagens comunicam claramente a intenção deliberada de mostrar mulheres bonitas, de maneira que não há a menor dúvida de que a intenção é chamar a atenção para os móveis anunciados através de imagens insinuantes de mulheres", escreveu a relatora.

[...]

Segundo a relatora, além das imagens e textos dos anúncios, a frase "Beleza interior

são os nossos móveis na sua casa" demonstra claramente a intenção da anunciante de objetivação da mulher. "A frase traz, em si, a ideia de que mulheres servem para ser bonitas e enfeitar, assim como móveis bonitos servem para enfeitar um ambiente. A tolerância com a divulgação desse tipo de ideia levaria a um engessamento cultural, ou seja, a perpetuação de valores que não são mais tolerados na sociedade atual. A prova disso está na quantidade de manifestações contrárias aos anúncios que embasaram essa Representação". A relatora se disse convicta de que os anúncios ferem os artigos do Código. "A objetivação da mulher é desrespeitosa e seu incentivo demonstra total falta de responsabilidade do anunciante, que desconsidera valores culturais importantes. Além disso, **os anúncios são ofensivos e ferem a dignidade feminina**". Seu voto, pela sustação, foi aceito por unanimidade. (CONAR, 2017, grifo meu)

Como já dito, é de fácil percepção a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quando se fala na abusividade de certos anúncios publicitários. Isso é combatido pela nossa legislação, que proíbe publicidades abusivas e/ou enganosas (já definidas nos tópicos anteriores), buscando proteger a dignidade dos consumidores.

Um outro princípio basilar é o da igualdade, segundo o qual os iguais devem ser tratados de maneira igual e aos distintos deve ser oferecido tratamento diferente, que promova a paridade de armas entre as partes, neste caso, de uma relação de consumo. Assim, como afirma Theodoro Júnior (2017), não é suficiente obter uma igualdade formal, deve-se preservar a igualdade material, o que se traduz explicitamente no Código de Defesa do Consumidor pelo reconhecimento da vulnerabilidade dos destinatários finais e medidas adotadas como meio de inverter esta situação, fazendo com que, de fato, exista a isonomia entre os sujeitos da relação consumerista.

Trata-se também de um preceito constitucional fundamental. Este princípio encontra forte importância ao se deparar com uma sociedade desigual e multifacetada como a brasileira, logo, não se pode deixar de observar meios que garantam a paridade de condições entre consumidor e fornecedor, tendo em vista que, caso não o faça, problemas como o superendividamento, por ser disponibilizado ao consumidor um crédito maior do que este pode suportar como dívida e, simultaneamente, incentivar de modo desmedido o consumo (THEODORO JÚNIOR, 2017), hipervulnerabilidade, como das crianças, por exemplo, devido à maior probabilidade de serem vítimas de anúncios abusivos, e hiperconsumismo, sendo caracterizado pelo consumo exagerado, sem a devida necessidade, serão agravados.

Quando não observada a limitação ao fornecedor-anunciante no ato do anúncio de seus produtos e serviços, isso pode levar o consumidor a comprar além do que precisa, como uma forma de encontrar a felicidade no bem que adquiriu – o que será analisado posteriormente como a “felicidade paradoxal” (LIPOVETSKY, 2007). Isso, conseqüentemente, leva o público

consumista a gastar para além de suas possibilidades, deixando de ter capacidade para suprir o seu mínimo existencial, em face de indução a compras desnecessárias.

Não garantir, destarte, que haja tratamento diferenciado para combater diferenças é ignorar a dignidade da pessoa humana do consumidor e inadimplir com a proteção devida a este, deixando que a economia (aproveitamento econômico máximo) sobressaia às necessidades sociais. Hodiernamente, com a constitucionalização do direito, os fundamentos e princípios constitucionais devem atuar diretamente sobre as relações de consumo, promovendo o bem estar social, para além da simples movimentação econômica.

É com este objetivo que o Código de Defesa do Consumidor revela normas e princípios que devem orientar as relações de consumo, buscando preservar a isonomia e dignidade da pessoa humana em qualquer âmbito de relação social, efetivando aquilo que conhecemos como justo e necessário ao suprimento das necessidades sociais.

3.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

A vulnerabilidade do consumidor faz com que seja necessária a atuação estatal no combate a meios que possam aumentar essa situação, coibindo tais práticas por parte do fornecedor (PEREIRA, 2013).

Neste sentido foi criada a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. A ideia foi de viabilizar uma paridade de armas entre aquele que vende seu produto e aquele que será destinatário final do mesmo, tendo em vista que não possuem as mesmas condições, não sendo bastante, portanto, a igualdade formal entre os sujeitos dessa relação.

Protege-se a saúde, informação, interesses, necessidade, situação econômica, dentre vários outros fatores relacionados à defesa do consumidor, protegendo os bens jurídicos mais relevantes numa relação de consumo, como pode ser extraído de Nunes (2012). Protege-se, destarte, a integridade física do consumidor (ao impedir, por exemplo, que o fornecedor venda um produto nocivo à saúde humana) a liberdade de escolha do consumidor na hora de contratar (impedindo, por exemplo, que o mesmo possa ser induzido a adquirir um produto por meio de um anúncio enganoso) e ainda a sua adequada situação econômica (proibindo preços abusivos, ou meios que induzam o consumidor ao excesso de consumo que lhe cause endividamento).

Logo, para ser possível atingir a igualdade material, isto é, a igualdade no caso concreto, foi necessário criar um dispositivo legal que impusesse limites à atividade dos fornecedores e que estabelecesse direitos e meios de defesa dos mesmos aos consumidores. Assim, o Estado

age ativamente protegendo os interesses do consumidor, sem, no entanto, impedir a atividade econômica movimentada pelas empresas fornecedoras.

Tratando especificamente da publicidade, não se proíbe que o fornecedor anuncie seus serviços ou produtos, no entanto, limita-se esse exercício para que não acarrete prejuízos, ou perigo iminente destes ocorrerem, ao consumidor. Deste modo, e com este objetivo, proíbe-se a mensagem publicitária enganosa e/ou abusiva, tendo em vista que estas podem impedir a proteção dos bens jurídicos mais relevantes presentes numa relação de consumo.

É com fulcro neste princípio basilar do Código de Defesa do Consumidor que todos os outros se ramificam, visando sempre proteger o consumidor, devido sua condição de suscetibilidade a enganos e abusos por parte do fornecedor, que detém todas as informações técnicas, domínio sobre a produção e já se encontra em uma posição mais favorável.

3.3 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO

Como se extrai do Código de Defesa do Consumidor, ao fazer e anunciar uma mensagem publicitária, o fornecedor-anunciante precisa deixar claro que o está fazendo. Desta maneira, impede-se que o consumidor seja induzido, sem perceber, a contratar um determinado serviço ou adquirir um produto anunciado. Neste sentido, dispõe o caput do art. 36 da referida norma jurídica, segundo o qual “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (BRASIL, 1990).

Não se trata de uma opção do fornecedor, mas de uma obrigação. O motivo disso é que, se o consumidor não entende claramente que está sendo público-alvo de uma mensagem cujo objetivo é anunciar um produto, ele pode internalizar a ideia de que precisa de um serviço ou produto quando, na verdade, foi subliminarmente influenciado a acreditar em tal necessidade, seguindo interpretação do entendimento de Garcia(2016).

Como se trata de uma relação de consumo, o destinatário final que resolve adquirir o bem anunciado precisa ter tomado tal decisão a partir de sua livre vontade, sem influências subliminares que o fazem acreditar em uma necessidade aparente, no entanto, inexistente – isto é, trata-se de uma proteção, através deste princípio, à incolumidade psíquica do consumidor.

Usar de mensagens subliminares, portanto, está vedado, segundo o nosso diploma legal consumerista, até mesmo como forma de proteger a situação naturalmente vulnerável daquele que se encontra na posição de consumidor, não permitindo que o consumidor seja, inconscientemente, levado a adquirir produto ou contratar prestação de serviço (FRANÇA JÚNIOR, 201-).

Logo, o primeiro passo para uma mensagem publicitária não ser enganosa ou abusiva, é ser passada como um anúncio, sem tentar ofuscar seu verdadeiro fim, que é mostrar ao consumidor o produto e incentivá-lo a adquirir este, mostrando suas reais características.

Cumpra ressaltar, no entanto, que o chamado *merchandising* e o *teaser* não são proibidos pela nossa legislação, segundo Garcia (2016). Primeiro, vamos à definição para, posteriormente, entender o motivo de não serem vedados pelo nosso sistema legal. O *merchandising* é uma forma de divulgação de produtos que não se apresenta diretamente como tal, sendo feita, por exemplo, em novelas, filmes, teatro, entre outros. O *teaser*, por sua vez, é uma antecipação da publicidade efetiva do bem em questão, por exemplo, com mensagens que deixam no consumidor apenas a expectativa – “Em breve, produto X, vocês irão se surpreender!”.

Estes meios de publicidade não estão entre as vedações à publicidade, contudo, precisam observar limites, para que não se torne uma publicidade clandestina ou subliminar. Destarte, ao se utilizar dos instrumentos de *merchandising*, o fornecedor-anunciante deve obedecer ao princípio da identificação, a partir de uma informação prévia de quais serão os produtos ou serviços apresentados. Apenas deste modo, o consumidor saberá que está sendo alvo de uma publicidade, de modo que isso não atinja apenas o seu inconsciente – o que tornaria a mensagem subliminar e, conseqüentemente, proibida pelo sistema legal nacional.

Do mesmo modo, ocorre com o *teaser*, com a diferença de que, neste caso, não se passa efetivamente a mensagem publicitária, isto é, o anúncio em si, mas deve, para todos os efeitos, estar conforme as demais proteções garantidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de não se tornar uma mensagem clandestina ou subliminar (GARCIA, 2016).

A ideia é que o consumidor não seja levado a erro, ao engano, por ser atingido apenas subconscientemente pela mensagem passada pelo fornecedor-anunciante, sendo induzido a aderir a um determinado comportamento, sem analisar sua necessidade e possibilidade.

3.4 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E ÔNUS DA PROVA

É reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor que o destinatário final do produto é vulnerável em relação ao fornecedor. Trata-se, deste modo, de uma presunção absoluta (GARCIA, 2016). Isso ocorre devido ao fato de que, muitas vezes, o consumidor desconhece informações técnicas sobre o objeto do contrato ou pelo simples fato de não dominar as estratégias de mercado, estando em uma situação de suscetibilidade. Tendo em vista esta

desigualdade concreta, o art. 4º do CDC/90 dispõe sobre o princípio da vulnerabilidade como guiador da Política Nacional de Relações de Consumo:

Art. 4º A **Política Nacional das Relações de Consumo** tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
I - reconhecimento da **vulnerabilidade do consumidor** no mercado de consumo; (BRASIL, 1990, grifo meu)

A ideia é possibilitar a concretização da igualdade, isto é, se as partes de uma relação de consumo são distintas, essa distinção deve ser considerada para possibilitar a igualdade efetiva no tratamento. Assim, como preconiza o princípio constitucional da igualdade, deve-se tratar igualmente os que se encontram em situação idêntica e desigualmente os que se encontram em situação diferentes.

Por vivermos em um Estado Democrático de Direito e neste a Constituição Federal ser hierarquicamente superior, o Código de Defesa do Consumidor não deve contrariar aqueles dispositivos constitucionais de defesa dos direitos humanos e fundamentais, dentre eles o princípio já mencionado – igualdade.

Além de ser reconhecida a vulnerabilidade que se estende a todos aqueles que assumem a posição de consumidor de uma relação, existem as pessoas que são consideradas hipervulneráveis (BENJAMIN apud GARCIA, 2016). A hipervulnerabilidade ocorre quando, para além de ser mero consumidor, a pessoa possui alguma condição que a deixa ainda mais exposta, como, por exemplo, uma deficiência mental, o fato de ser uma criança, de ser idoso, entre outros casos.

Analisando concretamente, é de fácil percepção que entre um consumidor adulto sem nenhum tipo de deficiência mental e uma pessoa adulta portadora de tal deficiência, esta última estará ainda mais vulnerável ao adquirir um produto ou contratar um serviço. Do mesmo modo, entre um adulto e uma criança, esta última está mais suscetível a ser enganada por estratégias de mercado que a primeira.

Por isso, o Código de Defesa do Consumidor também deve assegurar tratamento especial e diferenciado para cada situação em que há maior vulnerabilidade, que vai além do simples fato de assumir a posição de consumidor, para que, destarte, consiga concretizar a igualdade material.

A publicidade, como um dos instrumentos do marketing, em muito contribui para agravar essa vulnerabilidade, quando feita de modo inadequado. Assim, estando inserida na

lógica do mercado, é de suprema importância que a publicidade esteja incluída na busca pela igualdade de tratamento material, frente a condição de vulnerabilidade do consumidor.

Se, por exemplo, uma mensagem publicitária passa informações do produto que não condizem com a realidade (publicidade enganosa), isso leva o consumidor a erro, visto que não participa das estratégias de marketing e não conhece as reais características do produto, fazendo uma compra enganado pelo que se diz ser o produto. Logo, pode, exemplificativamente, adquirir um celular pelo fato da mensagem publicitária informar que aquele celular resiste a qualquer tipo de queda, não quebra de modo algum, mas na realidade, não foram feitos testes que comprovem aquilo que o fornecedor-anunciante alega. Obviamente, encontra-se o consumidor em uma posição de vulnerabilidade, adquirindo um produto que não condiz com o que foi alegado.

Mais grave ainda é o caso de publicidade infantil, tendo em vista que as crianças assumem uma posição de hipervulnerabilidade, como já foi dito. Deste modo, se a mensagem do fornecedor-anunciante busca induzir a criança de algum modo a pensar que aquele produto é essencial, esta mensagem fere a proteção da vulnerabilidade do consumidor e, conseqüentemente, o princípio constitucional da igualdade material – exemplo de publicidade abusiva.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor tem como um de seus efeitos a inversão do ônus da prova (BATISTA, 2004). Imaginemos que o consumidor que tivesse por obrigação provar, sem condições de fazê-lo, aquilo que alega quanto a uma publicidade, por exemplo, no caso dela ser enganosa por trazer que aquele produto promove a redução de peso. Seria um ônus ao consumidor tentar buscar o seu direito de informação, frente à vulnerabilidade derivada da posição que ocupa numa relação consumerista. Isso apenas o tornaria ainda mais vulnerável, visto que não conseguiria comprovar aquilo que alega.

Por este motivo, dispõe o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor que, visando facilitar a defesa do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990).

Deste modo, conforme o texto legal do Código de Defesa do Consumidor, é possível que o juiz inverta o ônus da prova, quando presentes os casos previstos em lei, os quais são a verossimilhança da alegação feita pelo destinatário final (não sendo necessária a certeza, mas a

aparência de que o que se alega é verídico) ou quando este for hipossuficiente para comprovar tal fato – neste último caso, a título exemplificativo, quando não possuir o conhecimento técnico necessário.

Portanto, este é um dos mais importantes efeitos do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, possibilitando que este possa buscar e efetivar seus direitos, dentre eles o de combater a publicidade enganosa e abusiva.

Com a intenção de efetivar o que dispõe o diploma de proteção ao consumidor impõe, em seu art. 4º, inciso II:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

II - **ação governamental** no sentido **de proteger efetivamente o consumidor:**

- a) **por iniciativa direta;**
- b) por **incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;**
- c) **pela presença do Estado no mercado de consumo;**
- d) pela **garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.** (BRASIL, 1990, grifo meu).

Desta maneira, o Estado deve atuar na proteção do consumidor, seja por iniciativa direta, incentivar a criação de meios representativos, intervenção do Estado no mercado e qualidade assegurada dos produtos e serviços.

3.5 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

Como já explanado, o consumidor é reconhecidamente parte vulnerável de uma relação de consumo, isso porque não tem participação no processo de produção e divulgação dos produtos e serviços, logo, não se encontra com a mesma carga de conhecimento acerca daquilo que está sendo objeto de um contrato de consumo.

Assim, como uma tentativa de aproximar a condição fática entre consumidor e fornecedor, exige-se do fornecedor que preste as informações necessárias. Destarte, o produto deve estar acompanhado das descrições que deve o destinatário final ter conhecimento, possibilitando que ambas as partes do contrato de consumo sejam capazes de entender o objeto da relação e suas características principais.

Este princípio visa a efetivar o direito do consumidor de ter plena consciência ao comprar ou contratar com o fornecedor-anunciante. Tamanha importância tornou necessária a

positivação do direito do destinatário final à informação no próprio Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (BRASIL, 1990, grifo meu).

Não basta, no entanto, que exista a informação pura e simplesmente. É preciso, além disso, que essa informação seja suficiente ao consumidor, frente a sua condição de vulnerabilidade nas relações consumeristas (NUNES, 2012). Destarte, o consumidor precisa ter acesso às características sobre o produto ou serviço sobre o qual se dá a relação de consumo, evitando que o destinatário final arrisque, por falta de descrições, ao contratar um determinado serviço ou comprar um produto e isso resulte em prejuízo ao mesmo – embora não seja requisito para responsabilização do fornecedor.

Conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, se o fornecedor não passa as informações necessárias, o consumidor contrata um serviço, neste caso de plano de saúde, que não contrataria se lhe fosse passada a verdadeira informação sobre o que é objeto deste contrato:

Civil. **Consumidor.** Lei nº 9.656/98. Plano de saúde. Cláusula abusiva e **informações inadequadas.** Contrato de adesão. **Desrespeito ao direito básico do consumidor.** Aplicação do **art. 6º, III** e V do CDC. Dispositivo contratual que torna iníqua a prestação do serviço. Dever de restituir os valores pagos. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. Unânime. 1. se mostra desproporcional e desarrazoada a cláusula contratual que prevê exclusão de cobertura para o tipo específico de câncer uterino que acometeu à autora, tornando iníquo o contrato para esta, vez que apenas pagou o plano, sendo que no momento em que mais dele necessitou teve seu **direito** negado. 2. além do mais, **a publicidade que veiculou o serviço previa a cobertura dos cânceres que atingem especificamente as mulheres, quais sejam, os de mama e útero, sendo que a exclusão de cobertura não devidamente informada à autora, que poderia não aderir ao plano de saúde, se devidamente informada.** 3. mister se faz, portanto, a aplicação dos dispostos no art. 6º, III e V, do CDC, para manter "in totum" a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 4. de conformidade com o regramento que está amalgamado no artigo 55 da lei dos juizados especiais (lei nº 9.099/95), a recorrente, sucumbindo no seu inconformismo, sujeita se ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor corrigido da condenação. 5. recurso conhecido e improvido. Unânime (TJ-DF-ACJ:200700610043386 DF, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 23/11/2007, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de publicação: DJU 18/12/2007, pag. 140, grifo meu)

A publicidade, como um dos instrumentos do marketing no que tange à divulgação de bens de consumo e serviços, tem como objeto a transmissão dessas informações. Logo, é a partir da publicidade, principalmente, que o consumidor toma conhecimento acerca de um determinado produto, servindo como importante meio de divulgação das características do que está sendo ou se pretende ser consumido.

Dispõe a nossa Carta Magna, em seu art. 5º, IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). No entanto, embora exista um dispositivo constitucional que trate da liberdade de expressão e de comunicação e isso se estenda para o âmbito consumerista, é importante perceber que a transmissão das informações acerca de um objeto de relação de consumo não pode seguir de modo absoluto essa liberdade – assim como também ocorre de modo geral, trazendo a própria Constituição Federal limitações acerca dessa liberdade.

Isso decorre do fato de ser o consumidor mais vulnerável numa relação de consumo, quando comparado à posição ocupada pelo fornecedor-anunciante. Logo, se essa informação é repassada seguindo a total liberdade, sem nenhuma forma de limite, pode o consumidor ser levado ao erro ou ainda sofrer algum tipo de abuso.

Assim, a limitação à publicidade enganosa e abusiva relaciona-se diretamente com este princípio, pois a limitação à forma como essa informação é passada recai diretamente sobre as estratégias de publicidade, devendo esta submeter-se a limites que diferenciam a informação adequada da informação enganosa ou abusiva.

Além disso, a falta da informação também caracteriza publicidade enganosa, por omissão, neste caso. Logo, é dever do fornecedor-anunciante descrever as características essenciais sobre o produto ou serviço divulgado, sob pena de estar divulgando uma informação enganosa e sofrer as consequências jurídicas de tal ato.

Este princípio também abrange a necessidade da informação sobre os direitos e deveres de cada sujeito da relação consumerista, para que possam atuar conforme o que se mostra correto legalmente (quanto ao fornecedor, principalmente) e de cobrar que seus direitos sejam respeitados – servindo como instrumento para que os consumidores atuem na defesa de suas prerrogativas enquanto parte vulnerável dessa relação.

3.6 PRINCÍPIO DA VERACIDADE

O direito à informação é constitucionalmente assegurado em nosso país, como já dito no tópico anterior. Contudo, não basta haver a informação, mas sim a mesma também precisa

ser verdadeira, de modo que possibilite ao consumidor que este tenha acesso às verdadeiras características de um produto ou serviço.

A publicidade, portanto, precisa ser verídica, pois, do contrário, representa o que já foi caracterizado como publicidade enganosa. A publicidade enganosa, como já visto, é a mensagem publicitária que omite ou que transmite alguma informação de modo inadequado, isto é, que leva o consumidor a erro, tendo em vista que se tivesse conhecimento da real informação, não teria comprado o produto ou contratado o serviço.

Existem denúncias ao CONAR neste sentido, em que, como resolução, foi sustada a mensagem publicitária, por usar de informações que não comprovou o anunciante serem verídicas:

Cinco consumidores, residentes em Diadema e São Paulo (SP) e Maringá (PR), enviaram e-mail ao Conar, questionando campanha em rádio da **água mineral Sferriê com afirmações de superioridade (por exemplo, "a melhor água mineral até hoje encontrada") e de benefícios para saúde decorrentes do consumo do produto (como "ela faz bem para o coração")**. Os reclamantes entendem que **as afirmações não são acompanhadas por qualquer comprovação e que podem induzir a engano**.

Em sua defesa, a anunciante protestou pela **veracidade** das afirmações, tendo juntado estudos e citações. Admitiu que o consumo da água vai apenas complementar e trazer mais eficácia para os casos mencionados, conforme o organismo de cada pessoa. O relator iniciou seu voto lembrando que a publicidade de águas minerais enquadra-se no Anexo H do Código que, entre outras recomendações, propõe que a publicidade de alimentos e bebidas deve evitar associações de qualquer natureza a produtos fármaco-medicinais e que alusões a propriedades funcionais devem esta baseadas em dados fáticos, técnicos ou científicos, além de estarem devidamente registrados junto às autoridades sanitárias. O relator considerou que tais recomendações não estão contempladas na campanha de Sferriê, havendo exagero nas afirmações e ausência de menção ao seu papel complementar em qualquer processo terapêutico. Por isso, recomendou a sustação da campanha, sendo seguido por unanimidade. (CONAR, 2018, grifo meu).

Embora não sejam os fornecedores obrigados a anunciar o seu produto ou serviço, se optarem por fazê-lo torna-se obrigatório, conforme o Código de Defesa do Consumidor, que as informações passadas sejam verídicas, evitando que haja engano ao consumidor.

Este princípio é basilar na formação do conceito do que caracteriza a publicidade como enganosa. Neste sentido, dispõe o art. 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (BRASIL, 1990)

Em suma, para que não seja caracterizada enquanto enganosa, a mensagem publicitária precisa ser verídica, tratando das informações que realmente dizem respeito ao bem divulgado, com todas as suas características essenciais ao conhecimento do consumidor, (FRANÇA JÚNIOR, 201-).

3.7 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Sendo um desdobramento da boa-fé objetiva, necessária já nesta fase pré-contratual de anúncio do bem de consumo, a confiança precisa guiar as relações de consumo. Desta maneira, ao observar uma mensagem publicitária, o consumidor, decidindo por adquirir aquele bem anunciado, espera, como decorrência do princípio da confiança, que as características do produto sejam correspondentes ao que foi dito sobre ele.

O CONAR (2017) sustou e advertiu a anunciante Wellness, ao constatar que o produto anunciado não continha realmente as características prometidas no anúncio, o que fez com que pessoas depositassem confiança nestes produtos e, ao adquirirem, percebessem que sua boa-fé objetiva foi violada, tendo em vista a não efetivação do que foi prometido na mensagem publicitária:

Consumidora de Ribeirão Pires (SP) considerou **carecerem de comprovação promessas de emagrecimento em anúncio para internet**, em desacordo com os registros do produto junto às autoridades sanitárias. Em sua defesa, a Wellness argumentou que o produto anunciado, denominado Slim Caps Day Fórmula e Night Fórmula, são isentos de registro, enquadrando-se como "alimento para atleta" e "novos alimentos e novos ingredientes". Juntou à defesa estudos que, entende, são capazes de validar as alegações da campanha. Estes e outros argumentos da defesa não convenceram o relator do processo, que votou pela sustação. Ele entendeu que os estudos não têm tal propriedade não sendo, inclusive, publicados em revistas científicas. Seu voto foi aceito por unanimidade. Inconformada, a Wellness recorreu da recomendação, mas ela foi mantida pela câmara recursal e agravada com advertência à anunciante, por **abusar da confiança dos consumidores** e explorar a sua falta de experiência e conhecimento. A recomendação foi formulada pela relatora do recurso e acompanhada por unanimidade. (CONAR, 2017, grifo meu)

Com isso, este princípio, buscando evitar este tipo de problema, faz com que o fornecedor-anunciante fique vinculado ao anúncio feito (PALUDO, 201-), tendo em vista que não pode frustrar as expectativas geradas no destinatário final quando do anúncio. Sendo assim, não pode o fornecedor, por exemplo, anunciar que o produto tem o preço X e na hora da compra o valor ser maior do que o anunciado, ou ainda, anunciar um produto de qualidade avançada e, ao se deparar com o produto, o consumidor perceber que o mesmo apresenta características

inferiores ao que foi dito na mensagem publicitária, tendo sido levado a engano devido a este fato.

3.8 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

Como extrai-se de Garcia (2016), mesmo não havendo ainda o contrato, a boa-fé objetiva precisa estar inserida na relação consumerista já na fase da publicidade. Ou seja, embora não haja neste momento contrato de adesão firmado entre consumidor e fornecedor-anunciante, não se pode ter descuido ao veicular informações a respeito do bem que se anuncia. Logo, se o produto tem as características A, B e C, não pode ser oferecido através de uma mensagem publicitária ao destinatário final como um bem cujas características são D, E e F.

Isso ocorre porque é este o momento em que o consumidor está a decidir sobre adquirir ou não um produto ou contratar um serviço, devendo, neste momento, ter pleno conhecimento daquilo que se faz de extrema importância para contribuir com sua decisão:

É dada ao fornecedor ampla liberdade para anunciar seus produtos e serviços, mas este anúncio deverá ser feito com base em elementos fáticos e científicos (Artigo 36, § 1º do Código de Defesa do Consumidor). Através desta ideia é que surge o princípio transparência da fundamentação da publicidade, que cria uma relação contratual sincera e menos danosa. Enseja deste modo, transparência de informação sobre o produto, no contrato a ser celebrado, ou seja, lealdade e respeito nas relações estabelecidas entre as partes, mesmo ainda na fase pré-contratual. (FRANÇA JÚNIOR, 201-)

Deve, assim, o fornecedor-anunciante ter sob seu domínio as provas de que aquilo que fala é verídico, a fim de evitar que a falta da comprovação cause prejuízos ao consumidor. Também é importante que os tenha sob seu poder para comprovar quando houver a inversão do ônus das provas. É a esta necessidade de o fornecedor ter os elementos fáticos que servem de fundamentação quanto à publicidade que o referido princípio relaciona-se (VERDAN, 2013):

Assim, são comuns publicidades de sabão em pó em que o fornecedor elenca uma série de vantagens do produto, inclusive através de "testes comprovados" (muitas vezes, o objeto da publicidade é justamente demonstrar o teste ao consumidor, mostrando, por exemplo, que uma blusa branca suja fica limpa em poucos minutos de imersão no sabão em pó). Nesses casos, o fornecedor deverá comprovar, caso solicitado, que as informações publicitárias são verdadeiras e que não foram colocadas apenas para iludirem os consumidores. (GARCIA, 2016, p. 240)

Este princípio encontra expressão legal no art. 36, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, descrito abaixo:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, **manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem** (BRASIL, 1990, grifo meu)

Já que é o fornecedor quem detém conhecimento sobre o bem de consumo que oferece, nada mais justo que o mesmo tenha a sua disposição a prova de que o que anuncia é de fato correspondente às características do produto ou serviço. Com esta noção e a situação de vulnerabilidade do consumidor numa relação de consumo, tal princípio deve guiar a produção publicitária, limitando e impulsionando-a – limitando por impor limites à sua produção e impulsionando por fazer com que as mensagens publicitárias estejam conforme os direitos do consumidor.

4 LIMITES E RESPONSABILIDADE CIVIL

Por haver na relação de consumo uma disparidade entre as partes, estando o consumidor em posição de suscetibilidade frente àquele que fornece produtos e serviços, foi preciso impor limites à atividade deste último (fornecedor), de modo que se busque atingir uma igualdade material entre os mesmos.

A publicidade, por ser um instrumento que busca promover a formação das relações de consumo, também está submissa a limites, a fim de evitar que a boa-fé pré-contratual seja desrespeitada, o que prejudicaria o consumidor, por ser parte vulnerável, tecnicamente hipossuficiente, diferentemente do fornecedor que possui domínio da produção à venda do produto ou prestação do serviço, tendo o pleno conhecimento sobre o bem.

Devido ao período pós-positivista, boa parte dos limites são provenientes dos princípios que, hodiernamente, possuem força normativa, inclusive servindo, desde que fundamentado, como base de decisões judiciais nos casos em que há alguma relação abusiva de consumo. Além destes, também servem ao propósito de limitar os dispositivos presentes na Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Destarte, à medida que se limita, impõem-se meios de coibir que esses limites sejam desrespeitados e de resolver o problema oriundo deste desrespeito. Com base nisso, atua a responsabilidade civil, que possui como função principal reparar o dano sofrido, neste caso, pelo consumidor (função reparatória). Além desta função, também tem o objetivo de impedir que novos danos aconteçam (função preventiva), educando a sociedade (função pedagógica), como um todo, e punindo (função punitiva), embora não seja o objetivo principal, aquele que age desmedidamente, causando danos a outrem. Trata-se da chamada multifuncionalidade da responsabilidade civil (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015).

Conforme extrai-se de Tartuce (2017), são elementos da responsabilidade civil: a conduta, seja ela comissiva ou omissiva (essa última quando houver o dever legal de agir e assim não o fizer), que, em decorrência dessa, tenha havido um dano, neste caso, ao consumidor, havendo assim um nexo causal entre esses dois primeiros elementos (conduta e dano).

Neste sentido, dispõe o Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002), grifo meu).

Nosso atual Código Civil entende que é ato ilícito não apenas o disposto em seu art. 186, mas também o que cita o art. 187, abaixo transcritos:

Art. 186. Aquele que, **por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito (BRASIL, 2002)

Art. 187. Também comete ato ilícito o **titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes** (BRASIL, 2002)

Portanto, não apenas quem viola direito será responsabilizado, mas também aquele que, detentor de um direito, ao exercê-lo, excede os limites do mesmo, seja por desrespeitar finalidade econômica ou social, boa-fé ou bons costumes.

Além disso, nos casos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), quando se tratar de responsabilidade objetiva, diferentemente da subjetiva, não será necessário que a vítima do dano comprove culpa ou dolo presentes na conduta do causador do referido dano. Haverá tal modalidade de responsabilidade quando a lei assim o disser ou quando houver risco, inerente à própria atividade, de causar danos.

No caso da publicidade, pode haver responsabilidade civil pré-contratual, tendo em vista que, embora ainda não haja um contrato no momento em que um produto ou serviço é divulgado com fins lucrativos, devem ser seguidos os deveres anexos da boa-fé objetiva, sendo eles a confiança, transparência, cooperação, dentre outras:

Ora, isto significa dizer que a boa-fé perpassa todas as fases de formação dos contratos, ou seja, a fase pré-contratual, a contratual e a fase pós-contratual. Frise-se que na fase pré-contratual não existe a formação do vínculo jurídico, mas se ferido o princípio da boa-fé, vai gerar o dever de indenizar em desfavor da parte culposa. Esse dever de indenizar tem a finalidade precípua de proteger os deveres preliminares, evitando, destarte, uma postura antissocial desenvolvida por uma das partes (MELLO, 2017).

Será visto, destarte, quais os limites da publicidade frente à vulnerabilidade em que se encontra o consumidor, nas relações consumeristas, em respeito aos diversos princípios já mencionados, como a boa-fé objetiva, dignidade humana, igualdade, transparência da fundamentação, dentre outros, que regem o contrato de consumo, até mesmo antes dele ser firmado entre as partes.

E, presentes os elementos da responsabilidade civil, será reparado o dano, em favor do consumidor que o sofreu, responsabilizando aquele que agiu fora dos ditames legais, ou de modo abusivo.

4.1 LIMITES À PUBLICIDADE

A publicidade é instrumento essencial à atividade de marketing, visto que serve como divulgação dos produtos e serviços, levando sua existência e características ao conhecimento dos potenciais consumidores. Logo, não se pode proibir a atividade publicitária, já que isso implicaria em um grande problema para o mercado, que não teria meios de mostrar ao público os bens de consumo, dificultando a venda dos mesmos.

No entanto, esta atividade deve guiar-se por princípios e regras jurídicas que servem como meio de limitar e impedir que tal conduta gere danos aos consumidores, isso porque ocorre a chamada vulnerabilidade do destinatário final do produto, frente ao domínio técnico do fornecedor, que conhece sobre seu produto o que seria impossível do consumidor comum identificar frente a publicidades abusivas e enganosas.

A Constituição Federal de 1988, que ocupa, em nosso Estado Democrático de Direito, uma posição hierarquicamente superior, possui dispositivos que estabelecem a proteção do consumidor, como o faz o art. 5º, XXXII, dispondo que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). Além desse, outro dispositivo importante é o art. 170, que traz a defesa do consumidor como um dos princípios que devem ser observados pela ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
V - defesa do consumidor; [...] (BRASIL, 1988).

Com objetivo de dar tratamento específico à defesa do destinatário final do produto, ficou estabelecido no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, que seria criado o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1988), e assim o foi, dando ênfase à condição de vulnerabilidade do mesmo e o protegendo de meios publicitários enganosos e abusivos, por ser este um fator que pode lhe causar danos frente sua condição de maior suscetibilidade.

Um outro instrumento que limita a publicidade, de modo que não haja prejuízos ao consumidor, é o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). Interessante observar que o referido Conselho não possui poder jurídico, mas, através de denúncias, pode levar empresas a modificar ou até mesmo retirar de circulação algum anúncio que seja considerado abusivo ou enganoso. Trata-se de uma análise da denúncia por um conselho de ética, formado por voluntários, que analisará a queixa com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Destarte, embora não cause nenhuma vinculação jurídica, o CONAR é bastante respeitado dentre as empresas e funciona indiretamente como meio de defesa do destinatário final de produtos e serviços, permitindo que este possa expressar sua insatisfação e solicitar mudanças em determinado anúncio.

Nesse sentido, proíbe-se a publicidade clandestina, em respeito ao princípio da identificação da mensagem publicitária, tendo por objetivo impedir que uma mensagem publicitária seja passada sem se identificar como tal, de modo fácil e imediato, ao consumidor, ou seja sendo passada de modo sutil e imperceptível. (GARCIA, 2016).

Assim, o caput do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (BRASIL, 1990), adotando claramente o princípio da identificação da mensagem publicitária como orientador da publicidade.

No mesmo sentido, o art. 9º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: “A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha” (BRASIL, 1980), exigindo identificação da mensagem publicitária como tal, da marca, e do patrocinador do referido anúncio.

Também é proibida pela nossa legislação, conforme Garcia (2016) a publicidade subliminar, pelo fato de que neste tipo de anúncio atinge-se apenas o inconsciente do indivíduo, manipulando o consumidor, não se identificando a mensagem publicitária como tal, impedindo que o indivíduo analise livremente a possibilidade de consumir ou não aquele produto.

Como extrai-se de Nunes (2012), não significa que a publicidade deva perder seu aspecto ficcional. A questão é que essa ficção não pode levar ou ter potencialidade de levar o consumidor a erro, a ser enganado pelo que está sendo anunciado a respeito de determinado produto ou serviço.

Qualquer anúncio publicitário que se utilize de informações falsas, capazes de levar o consumidor a engano, ou que de algum modo revele preconceito, discriminação ou algum tipo

de abuso ao consumidor, é proibido por nossa legislação, inibindo o uso de tais meios publicitários sob pena de responsabilização do fornecedor pelo que anuncia.

Outro meio publicitário proibido, por incorrer em publicidade enganosa, é o “chamariz” (NUNES, 2012), no qual a intenção é atrair o consumidor através de uma informação chamativa, mas que não condiz com a realidade. Um exemplo trazido por Nunes (2012) é o caso da liquidação em que não se especifica o estoque, e, chegando na loja, o consumidor depara-se com preços diferentes do que foi dito no anúncio, sob a justificativa do fornecedor de que o estoque cujo preço fazia referência a mensagem publicitária, já acabara.

Além disso, o direito à liberdade de expressão não pode servir de fundamento para defender que a publicidade seja feita de qualquer modo. Este direito pode e deve ser limitado frente à condição de vulnerabilidade do consumidor, evitando que este sofra algum tipo de dano (NUNES, 2012):

Com base nos princípios éticos e normativos da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, como estamos a examinar, regulou expressamente a informação e a publicidade enganosa, proibindo-a e tipificando-a como crime. No que diz respeito, pois, às relações jurídicas de consumo, a informação e a apresentação dos produtos e serviços, assim como os anúncios publicitários, não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, de forma alguma, quer seja por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para de maneira confusa ou ambígua iludir o destinatário do anúncio: o consumidor. (NUNES, 2012, p. 558)

Logo, há uma limitação ética daquilo que pode ser expressado pelo anunciante, devendo este observar os princípios da boa-fé e transparência, ao anunciar seus produtos ou serviços, para que, destarte, não haja nenhum tipo de prejuízo à parte vulnerável da relação de consumo.

Há também uma limitação no tocante ao conteúdo da mensagem publicitária, devendo este ser verídico, isto é, o produto ou serviço deve ter as características que foram divulgadas no anúncio, caso isso não seja seguido, caracteriza-se a chamada publicidade enganosa, como é possível entender do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37 (BRASIL, 1990).

Como afirma Nunes (2012), a publicidade ambígua também se caracteriza como enganosa, pois não deixa claro quais as reais características do produto, assim como o exagero que, objetivamente, possa levar o consumidor ideal a engano.

Além desses limites, outro fator que serve ao mesmo objetivo é a proibição da publicidade omissiva. Esse tipo de mensagem publicitária, como se pode interpretar no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), ocorre quando alguma informação essencial, que seria suficiente para alterar a decisão do consumidor, não é passada no anúncio. Assim, esta

proibição serve como limite à atividade publicitária, tendo em vista que se ocorrer poderá causar diversos danos ao destinatário final do produto ou serviço.

Deste modo, a partir de disposições constitucionais, de defesa do consumidor e presentes no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, são dispostos os limites à atividade anunciante, buscando impedir que um instrumento que serve à movimentação do mercado torne-se dano ou perigo de dano ao destinatário final do produto ou serviço.

A Constituição Federal, Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e o Código de Defesa do Consumidor, ainda que impondo limites, não conseguem, por mera disposição, exigir respeito a essas limitações, tendo em vista que, muitas vezes, é lucrativo para o fornecedor usar de meios indevidos de publicidade, agindo este deliberadamente na produção e divulgação de anúncios abusivos e enganosos, com o fim de vender mais, ainda que esteja induzindo o consumidor a erro ou até mesmo abusando de sua condição de vulnerabilidade.

Por isso, é de suma importância a existência do CONAR como meio de coibir tais práticas, funcionando a tal fim, mesmo sem poder jurídico para tanto, ao permitir que o consumidor possa expressar sua insatisfação com o anúncio e pela existência do respeito das empresas a esse conselho nacional. Ainda assim, há o meio jurídico como forma de resolver problemas advindos da publicidade feita de modo indevido, caso não seja suficiente o julgamento pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, ou caso os danos sejam efetivos, exigindo-se reparação, por exemplo.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

Embora haja proibição legal às modalidades de publicidade enganosa e abusiva, o consumidor continua a enfrentar todos os dias o mesmo problema: ser induzido a erro por um anúncio ou ainda ser atingido abusivamente por mensagens publicitárias desmedidas. Por isso, faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário, em busca da tutela de seu direito e da sua condição de vulnerável frente ao fornecedor-anunciante, agências publicitárias e veículos de comunicação.

Sobre a publicidade abusiva, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de apelação, que era abusivo um anúncio publicitário que se aproveitava da condição das crianças (seu público-alvo) de serem facilmente induzidas, para incentivar a compra de um produto que, na verdade, não possui as características que são mostradas na mensagem publicitária.

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. **PUBLICIDADE ABUSIVA. ART. 37 , § 2º , CDC . 1)** Admissão do Instituto Alana na qualidade de Amicus Curiae, nos termos do artigo 138 do CPC , deferindo-lhe a juntada de documentos e a faculdade de sustentação oral na sessão de julgamento do recurso. 2) Pleito de nulidade. Cerceamento de defesa afastado. Elementos dos autos suficientes para o deslinde da causa. 3) Ausência de violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa na esfera administrativa. **Propaganda publicitária ("Bichinhos dos Sonhos") que mostra uma criança interagindo com bichos de pelúcias que se movimentam e falam sob o seu comando de voz. Brinquedos que não possuem qualquer mecanismo que possibilitem sua movimentação ou fala. Configurado o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência inerentes às crianças, fomentando o consumo das pelúcias. Informação de que "os bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos, conforme sitio de internet" prestada em dimensão bem diminuta em relação à temática principal.** Inocorrência de limitação aos princípios constitucionais da liberdade de expressão, livre iniciativa e livre concorrência. Infração ao código consumerista evidenciada. Auto de infração. Subsistência. 3) Multa aplicada nos termos dos arts. 56, I, e 57 , CDC . Exorbitância do valor. Inocorrência. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Arbitramento compatível com a gravidade da infração, cuja repercussão não se pode precisar. 4) Fixação de honorários advocatícios que deve observar as disposições do art. 20, § 4º, CPC/73. Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação parcialmente provido. (TJ-SP 10018858220148260053 SP 1001885-82.2014.8.26.0053, Relator: Marcelo Semer, Data de julgamento: 18/06/2018, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/06/2018, grifo meu)

Desta forma, ainda que houvesse a informação de que o comercial seria meramente ilustrativo, o órgão jurisdicional entendeu que não seria suficiente, tendo em vista o público alvo daquela mensagem publicitária, crianças, que, por sua vez, encontram-se em situação de hipervulnerabilidade (BENJAMIN apud GARCIA, 2016).

Também há decisões judiciais a respeito da publicidade enganosa por omissão que, como já visto, caracteriza-se pela não informação de dados essenciais, que seriam capazes de mudar a decisão do consumidor de adquirir um produto ou contratar um serviço:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Relação de consumo. **Publicidade enganosa. Omissão de informações.** Prejuízos ao consumidor. O artigo 37, caput, do CDC proíbe expressamente a publicidade enganosa, vale dizer, aquela que induz o consumidor ao engano. Se a informação se refere a dados essenciais capazes de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio/contrato, de forma clara, precisa e ostensiva, nos termos do artigo 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão. **A ausência de informação acerca de ausência de reconhecimento do curso nos órgãos competentes da educação, dado essencial sobre o produto/serviço fornecido pela instituição de ensino, configura a prática de publicidade enganosa por omissão. A situação vivenciada pelo autor, em razão da omissão na publicidade do curso pela instituição de ensino, ultrapassou a barreira do mero aborrecimento, porquanto atentou contra o direito do consumidor de não ser enganado, por criar falsas expectativas de obter um título de graduação que, ante as condições concretas do caso, jamais terá como obter, gerando angústias e frustrações passíveis de ser indenizadas.** As despesas com matrículas e mensalidades do curso, do qual o consumidor desistiu pelo fato de o curso não ter validade nos órgãos oficiais, merecem ser indenizadas a título de danos

materiais. (Apelação, Processo nº 0001553-93.2014.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Des. Rowilson Teixeira, Data de julgamento: 12/04/2017, grifo meu)

Assim, foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que houve dano ao consumidor pelo fato de que o anúncio não informava que o curso em questão não era reconhecido pelos órgãos de educação competentes, o que frustrou as expectativas do destinatário final daquele serviço, sendo uma informação essencial que, se tivesse o conhecimento no momento da contratação, não a teria realizado.

Acompanhe-se este outro julgado, em que o consumidor alega que recebeu informações falsas sobre o produto que adquiriu:

VEÍCULO ADQUIRIDO EM LEILÃO. INFORMAÇÕES FALSAS SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DO BEM. ALEGA O RECLAMANTE, EM SÍNTESE, QUE AO PARTICIPAR DE UM LEILÃO EM 31.11.2014 ARREMATOU UM BEM MÓVEL DE PROPRIEDADE DA RECLAMADA; QUE FOI VÍTIMA DE PUBLICIDADE ENGANOSA, POIS A EMPRESA DIVULGOU INFORMAÇÕES INCORRETAS SOBRE O VEÍCULO ADQUIRIDO, **RELATIVAS À DATA DE FABRICAÇÃO DO MODELO**; QUE TENTOU CONTATAR A RECLAMADA DIVERSAS VEZES, SEM LOGRAR ÊXITO. PLEITEIA O RESSARCIMENTO DO VALOR DE R\$ 2.000,00 CORRESPONDENTE A DIFERENÇA DE PREÇO DE MERCADO ENTRE O VEÍCULO ANUNCIADO E O VEÍCULO ADQUIRIDO, BEM COMO A CONDENAÇÃO DA RECLAMADA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SOBREVEIO SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE CONDENOU A RECLAMADA AO PAGAMENTO DE R\$ 2.000,00 A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSURGE-SE O RECLAMANTE PUGNANDO PELA MAJORAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA SENTENÇA. O ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DEVE SEMPRE TER O CUIDADO DE NÃO PROPORCIONAR, POR UM LADO, O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AUTOR EM DETRIMENTO DO RÉU, NEM POR OUTRO, A BANALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR. TAMBÉM DEVE SER CONSIDERADA A DUPLA FINALIDADE DO INSTITUTO, QUAL SEJA, A REPARATÓRIA EM FACE DO OFENDIDO E A EDUCATIVA E SANCIONATÓRIA QUANTO AO OFENSOR. DIANTE DO EXPOSTO, ELEVO A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PARA O MONTANTE DE R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA A FIM DE ELEVAR A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PARA O MONTANTE DE R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). ANTE O ÊXITO RECURSAL, DEIXO DE CONDENAR O RECORRENTE AO , ELEVO A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PARA O MONTANTE DE R\$ (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0013085-20.2015.8.16.0030/0 - Foz do Iguaçu - Rel.: Fernando Swain Ganem - - J. 23.03.2016, grifo meu)

O Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que houve a publicidade enganosa, tendo em vista que as informações passadas pré-contratualmente não correspondem às reais características do produto, tendo sido o consumidor induzido a erro, frente à sua

hipossuficiência técnica, não tendo domínio das informações sobre o produto, quando o dever de informar, portanto, corretamente, é do fornecedor-anunciante.

Esses são alguns dos julgados que ocorreram a respeito de ações em que o consumidor afirma ser vítima de uma publicidade enganosa ou abusiva, que desrespeita sua condição de vulnerável em uma relação de consumo e o leva a adquirir o produto ou contratar o serviço de modo enganoso, ou, no segundo caso, há algum tipo de ofensa à sua situação de suscetibilidade, preconceito, discriminação, ou qualquer outro meio abusivo de anunciar um produto ou serviço.

Sobre a comprovação de que está sendo vítima de um abuso ou engano, o Superior Tribunal de Justiça no informativo 492, entendeu que a inversão do ônus da prova é regra, conforme segue abaixo:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO.

A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. (EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012)

Deste modo, permite-se uma maior proteção ao consumidor, hipossuficiente, quanto à comprovação, por não ter o domínio técnico, que, por sua vez, deve ter o fornecedor-anunciante, visto que é ele que detém todo o processo de produção e de divulgação do seu bem de venda.

4.3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR-ANUNCIANTE

Uma publicidade enganosa não se caracteriza apenas em caso de o erro gerado por ela atingir um consumidor, de fato. Basta o perigo ao consumidor, num plano abstrato, para a divulgação de determinado objeto de consumo ser considerada enganosa. Do mesmo modo, ocorre com a publicidade abusiva, não sendo necessário existir o dano em si. A simples veiculação já responsabiliza o anunciante.

Além disso, não se faz necessário a análise concreta do que está sendo dito, para aferir que se trata de um anúncio abusivo ou enganoso, neste sentido:

Por exemplo, é conhecida a enganosidade do anúncio que diz: “Curso grátis, exceto material didático”. Ora, o curso não é grátis. O que ocorre é que seu preço é cobrado embutido no chamado “material didático”. Outro exemplo amplamente praticado no comércio: a oferta de pagamento à vista com 20% de desconto ou em três vezes sem acréscimo. Se tem desconto de 20% à vista, no parcelamento em três vezes o valor correspondente ao desconto (20%) está incluído. Logo, há acréscimo (preço é sempre

o praticado à vista, depois do desconto). **Basta ler o anúncio para verificar a enganiosidade.** (NUNES, 2012, p. 552)

Não obstante, o consumidor não precisa comprovar a existência de dolo ou culpa por parte do fornecedor-anunciante, tendo em vista que esse se encontra em situação de vulnerabilidade frente àquele que possui o domínio técnico sobre o produto ou serviço. Trata-se, destarte, de uma responsabilidade objetiva, tendo como requisitos, para que ocorra, apenas a conduta, seja ela a partir de uma ação ou omissão, e um dano ou perigo de dano a ela ligado, caracterizando assim o nexos causal entre esses dois fatores.

Portanto, conforme Tartuce, Neves (2014), diferentemente da regra geral do Código Civil (BRASIL, 2002), na qual a responsabilidade civil é predominantemente subjetiva (sendo necessária, para além dos requisitos conduta, nexos causal e dano, a comprovação da existência de dolo ou culpa do causador do dano), sendo objetiva apenas nos casos em que houver previsão legal ou quando o risco for inerente à atividade, no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) a regra é a responsabilidade civil objetiva (não sendo necessário comprovar dolo ou culpa do causador do dano), ficando de fora apenas o caso do art. 14, §4º (BRASIL, 1990), que trata dos profissionais liberais.

Isso não significa que o fornecedor não possa se defender da acusação feita de que causou algum dano ou de que há o perigo do mesmo ocorrer, no entanto, essa prova não fica sob a responsabilidade do consumidor, devido sua hipossuficiência técnica, mas sim, conforme dispõe o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), há a inversão do ônus da prova. Isso significa que, se o fornecedor alega não ter culpa ou dolo, através de algum excludente de sua responsabilidade, cabe a ele provar, e não ao consumidor:

Art. 6º São **direitos básicos do consumidor**:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova, a seu favor**, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...] (BRASIL, 1990, grifo meu)

Apenas deste modo, pode-se garantir que o consumidor consiga a efetiva tutela de seus direitos, sem barreiras, como a vulnerabilidade, que o façam ficar desprotegido frente às estratégias do mercado.

4.4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS AGÊNCIAS PUBLICITÁRIAS E VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Observando a existência de responsabilidade civil pelos danos causados ao consumidor, que recaem sobre o fornecedor que anuncia o produto ou serviço, surge a dúvida quanto aos demais participantes da divulgação a respeito de lhes ser imputável ou não a reparação dos prejuízos ou perigo de tal prejuízo ocorrer, isto é, se esses participantes também são responsáveis pelo que se anuncia.

Inicialmente, é importante analisar o Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 7º (BRASIL, 1990), dispõe:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (BRASIL, 1990).

Portanto, o parágrafo único do dispositivo transcrito acima (BRASIL, 1990) revela a responsabilidade de todos, no caso de haver mais de um autor do dano ou ofensa, os ofensores pela reparação do prejuízo causado ao consumidor. Fala-se em responsabilidade solidária dos agentes pelo anúncio e sua veiculação, sendo ambos responsáveis inteiramente pelo dano, podendo o consumidor acionar qualquer um deles ou ambos buscando a reparação do prejuízo sofrido. Nesse sentido:

[...] o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços. (TARTUCE, NEVES, 2014, p. 111)

Ainda que, em contrato estabelecido entre o fornecedor e a agência publicitária, esteja disposto em cláusula que o fornecedor será responsável isoladamente, isso não atinge o consumidor, que pode, diversamente, cobrar a reparação dos danos a qualquer um dos envolvidos na produção e veiculação do anúncio, como pode-se entender a partir de Nunes (2012), podendo haver, posteriormente, o regresso daquele que se sentiu prejudicado.

Ainda há divergência sobre a responsabilidade das agências publicitárias e dos veículos de comunicação ser objetiva ou subjetiva, alguns autores defendem que, assim como a do fornecedor, é objetiva, como, por exemplo, Nunes (2012), e outros que, pelo contrário, trata-se de responsabilidade subjetiva, limitada à existência de dolo ou culpa. No entanto, neste trabalho será adotada o primeiro entendimento doutrinário, sendo entendida a responsabilidade como objetiva, sendo possível, assim como no caso de responsabilidade do fornecedor-anunciante, a comprovação de que não é responsável pelo dano, desde que esse ônus não recaia sobre o consumidor, pois, do contrário, haveria desrespeito ao direito básico de inversão do ônus da prova e ao princípio da vulnerabilidade do consumidor.

No sentido da parcela da doutrina que defende a limitação da responsabilidade civil da agência e veículos de comunicação,

Entende Benjamin (2007, p. 367) que o anunciante tem responsabilidade civil objetiva pela publicidade enganosa ou abusiva, o que também terá pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária (arts. 30 e 35, do CDC). No entanto, não estão excluídas as responsabilidades da agência e do próprio veículo, que responderão solidariamente, conforme regra do CDC, sendo essa solidariedade limitada, uma vez que, segundo o doutrinador, só serão considerados corresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente. (BENJAMIN apud BARROSO; OLIVEIRA, 2012, p. 20)

Sobre o entendimento da doutrina no sentido de ser uma responsabilidade limitada ao dolo ou culpa nos casos dos veículos de comunicação e agências de publicidade, entende Tartuce, Neves (2014) que não seria compatível com a solidariedade:

[...] essa não parece ser a melhor conclusão, por contrariar todo o sistema de proteção e de responsabilização objetiva do CDC. A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma volta ao sistema subjetivo de investigação de culpa. [...] Ademais, a publicidade parece entrar no risco-proveito ou no risco do empreendimento da agência e do veículo, que devem responder solidariamente pela comunicação. Por fim, deveria ser aplicado, por analogia, o entendimento constante da Súmula 221 do STJ, que trata da responsabilidade civil dos órgãos de imprensa, in verbis: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 274 e 275)

Segundo Nunes (2012), não obstante, pode haver casos em que a agência publicitária não será atingida para reparar o dano, que são os casos em que o engano apenas se efetiva após uma ação do fornecedor, que acaba por desobedecer o que foi anunciado.

Já quando se fala em publicidade abusiva, a responsabilidade das agências publicitárias é mais difícil de ser alcançada, isso porque os comportamentos, ditos por lei (BRASIL, 1990)

que caracterizam o anúncio como abusivo, podem e devem ser facilmente percebidos por aquele que produz e aquele que veicula o anúncio.

Além da agência publicitária e do anunciante, também são responsáveis os veículos de comunicação, sendo esses os responsáveis pela divulgação, de fato, do produto ou serviço. Também se exclui a responsabilidade nos casos em que não é o anúncio em si enganoso, mas sim um ato posterior praticado pelo fornecedor, ou ainda quando não for possível saber tratar-se de um anúncio enganoso (NUNES, 2012).

Essa responsabilidade deriva do fato de que pode o veículo de divulgação negar-se a promover aquele anúncio, logo, possui meios de evitar que aquela mensagem publicitária não provoque danos aos destinatários finais dos produtos, e, não fazendo, torna-se solidariamente responsável pela reparação do prejuízo causado.

4.5 MEIOS DE REVERSÃO DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

Quando é publicado anúncio que de algum modo, comissiva ou omissivamente, leva o consumidor a erro ou que se caracteriza como abusivo, é necessário adotar medidas que impeçam ou, não sendo possível, reparem o dano. Neste sentido, diversos meios são utilizados para coibir tal prática e consertar os prejuízos dela advindos.

Dentre esses meios, como afirma Nunes (2012), está a supressão do anúncio ou o impedimento de haver a divulgação que se pretende, pode ser realizada tanto por meio de decisão judicial que o determine, ou até mesmo por decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária que, muitas vezes, orienta pela retirada do anúncio ou, quando suficiente, alteração do mesmo, para que se adeque às exigências legais, em observância à reconhecida situação de vulnerabilidade do consumidor.

Outra forma de reverter o anúncio abusivo ou enganoso consiste na contrapropaganda, medida que poderá ser adotada pelo poder judiciário. Segundo o Código de Defesa do consumidor,

Art. 60. A imposição de contrapropaganda **será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva**, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.
§ 1º A contrapropaganda **será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência (SIC) e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.** (BRASIL, 1990, grifo meu)

Destarte, será imposta a pena de contrapropaganda àquele que incorrer na prática de enganosidade e abusividade publicitária, devendo esta espécie de anúncio que visa a reverter os males das referidas mensagens publicitárias ser feita nos mesmos moldes do anúncio originário e danoso, custeada pelo autor da publicidade a que se pretende reparar os danos.

Junto à imposição de contrapropaganda, como alerta Nunes (2012), deve haver um estabelecimento de multa diária, a fim de que o fornecedor o faça o mais breve possível, para que, deste modo, atinja-se o objetivo de evitar ou minimizar os danos causados, sendo o juiz responsável por escolher os melhores meios de atingir esse objetivo, dentro dos ditames legais.

4.6 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO

Como afirma Lipovetsky (2007), vive-se, no século XX, o período da chamada “civilização do desejo”, uma sociedade de consumo em massa, dos prazeres materiais a partir do consumo. Hodiernamente, houve uma modificação dessa sociedade de consumo, surgindo o que o filósofo chama de “sociedade do hiperconsumo”.

Nesta sociedade, busca-se a felicidade por meio do consumo individual exagerado, há uma variada oferta de produtos e ampla possibilidade de escolha do consumidor do que adquirir. No entanto, há um paradoxo, visto que o consumidor pesquisa e informa-se sobre o que pretende adquirir, no entanto, quanto mais satisfaz seus prazeres a partir do consumo, mais o mercado o faz refém das novidades.

Não se trata apenas de uma satisfação material, mas, para além disso, de uma satisfação subjetiva, para preencher os vazios existenciais. A essa busca da felicidade que, por sua vez, origina diversos outros problemas, Lipovetsky (2007) chama de “felicidade paradoxal” (embora o consumidor perceba-se como livre, cada vez mais o seu conceito de felicidade fica submisso ao mundo comercial).

A maioria de nós declara-se feliz pensando que os outros não o são. Nunca os pais se empenharam tanto em satisfazer os desejos dos filhos, e nunca os “problemas de comportamento” (entre 5% e 9% de jovens de 15 anos) e as doenças do foro psíquico dos últimos foram tão frequentes: segundo o ISERM, uma criança em cada 8 sofre de uma perturbação mental. O PIB duplicou desde 1975, mas o número de desempregados quadruplicou. As nossas sociedades são cada vez mais ricas: no entanto, um número cada vez maior de pessoas vivem em condições precárias e tem de economizar em todos os pontos de seu orçamento, com o dinheiro a tornar-se uma preocupação cada vez mais obsessiva. Temos acesso a cuidados de saúde cada vez melhores, mas isso não impede que muitos de nós se tornem hipocondríacos crônicos. Os corpos são livres, e a impotência sexual é um problema comum. As solicitações hedonistas são omnipresentes: a inquietação, a decepção, a insegurança social e

pessoal aumentam. Estes são alguns dos aspectos que fazem da sociedade de hiperconsumo a civilização da felicidade paradoxal. (LIPOVETSKY, 2007, p. 12)

Trata-se hoje de um consumo emocional (LIPOVETSKY, 2007), em que as estratégias de marketing, entre elas o mais importante meio de divulgação, que é a publicidade, buscam atingir os sentidos do consumidor, não apenas repassando-lhes as características do produto de modo puro, mas sim fazendo com que isso seja agradável de ver e que leve o consumidor a adquirir por experiência subjetiva aquele produto. Na sociedade do hiperconsumo não se adquire um produto apenas para sentir-se valorizado frente à sociedade, mas sim para uma satisfação individual e um maior controle sobre sua vida e corpo.

A publicidade enganosa ou abusiva se mostra como incentivadora do hiperconsumo, agravando diversos problemas como o endividamento da população em busca de uma felicidade paradoxal que se busca atingir por meio do consumo. Assim, se um anúncio mostra uma família alegre por ter adquirido um certo bem, ela acaba por influenciar a um comportamento que tende a seguir a mesma linha de raciocínio, consumindo para alcançar a felicidade, quando, na verdade, isso só faz com que haja o endividamento, tornando cada vez mais os consumidores escravos do mercado e do trabalho.

Buscando evitar os efeitos do hiperconsumo, o ordenamento jurídico brasileiro limita as estratégias de publicidade, que quando realizada de modo indevido pode agravar ainda mais esse problema, induzindo o consumidor ao erro ou ao consumo desnecessário, com a promessa de que isso o fará alcançar a felicidade material e imaterial.

Por este motivo, dentre outros, que a publicidade não pode ser subliminar, visto que, se assim o for, o anúncio impedirá que o consumidor entenda que está sendo alvo da referida mensagem e que tenha a capacidade de escolher livremente adquirir o produto ou não (do mesmo modo para a contratação de um serviço).

Do mesmo modo, justifica-se a proibição de uma publicidade infantil que causa na criança a impressão de que precisa daquele produto para ser feliz, ou que se não tiver aquele bem, não terá diversão. A partir da publicidade abusiva infantil, percebe-se que já se cria um comportamento hiperconsumista desde a infância, o que serve à atual lógica do mercado.

4.7 EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO

Embora a publicidade seja importante para manter o sistema de comercialização de bens e serviços, o fornecedor-anunciante, as agências publicitárias e os veículos de comunicação não podem atuar livremente na produção e divulgação dos anúncios. Por isso, é de suma importância

que o consumidor conheça seus direitos frente aos meios enganosos e abusivos de publicidade, para que possa requerer a tutela dos mesmos, sendo tal conhecimento possível a partir de uma educação para o consumo, através de disciplinas escolares, por exemplo, que façam, desde a infância, mas não só nela, a conscientização acerca do que é o hiperconsumismo, dos problemas advindos do consumo exagerado, de como consumir conscientemente, na medida de um trinômio de necessidade-utilidade-possibilidade, além de tornar possível conhecer o que é caracterizado como publicidade indevida e, efetivamente, quais meios utilizar para evitar danos ou até mesmo repará-los, quando vítima de um anúncio enganoso ou abusivo.

Além dessas disciplinas escolares, outro meio eficaz seria usar de propagandas (sem finalidade lucrativa, portanto) que incentivem o consumidor a pensar, antes de comprar, em todas as consequências advindas do exagero no consumo, através de campanhas educativas, o que contribuiria para a proteção do consumidor – tendo em vista que isso é resguardado pela própria Constituição Federal.

Do mesmo modo, também devem os sujeitos publicitários atuantes ter o conhecimento a respeito do que pode ou não, e como pode, ser anunciado, a fim de evitar sua responsabilização pelos danos resultantes da publicidade indevida, embora o conhecimento não seja um requisito para que seja caracterizada a responsabilidade civil dos mesmos e, em grande parte das vezes, o conhecimento exista, mas os referidos sujeitos continuam a agir, de modo deliberado, por ser lucrativa tal ação – o que pode ser revertido com a maior exigibilidade, por parte dos consumidores, de seus direitos.

Limites já existem, o que deve ser efetivado é o conhecimento acerca dos mesmos, para que tanto os consumidores quanto os próprios sujeitos publicitários possam saber da existência desses limites e aplica-los (o fornecedor-anunciante, agência publicitária e veículos de comunicação) ou cobrar sua aplicação (consumidores). Em suma, não é preciso criar novos limites, mas sim garantir a aplicação dos já existentes, para alcançar a igualdade material entre os sujeitos da relação de consumo, o que pode ser feito através da difusão do conhecimento, através da educação para o consumo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade é um importante meio para se conseguir manter a lógica mercantilista, sendo forma de divulgação dos produtos ou serviços, fazendo com que o consumidor adquira conhecimento da sua existência e de suas características. No entanto, as mensagens publicitárias não podem ser produzidas e divulgadas livremente, necessitando de limites, a fim de evitar prejuízos ao consumidor, que está em uma condição de vulnerabilidade frente ao fornecedor na relação de consumo.

Por vivermos em um período pós-positivista, muitos desses limites originam-se dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção, identificação da mensagem publicitária, vulnerabilidade e ônus da prova, informação, veracidade, confiança e transparência da fundamentação publicitária.

Contudo, um problema recorrente é a falta de informação sobre o que é permitido ou proibido por parte dos destinatários finais de produtos e serviços, além da ação deliberada por parte de fornecedores-anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, que visam ao lucro acima de tudo, sem se importar com os prejuízos ou riscos advindos de tal ação, o que faz com que muitos consumidores sejam vítimas da publicidade enganosa e abusiva e nada façam para reverter os danos sofridos.

Por isso, é de suma importância que se fale sobre este tema, esclarecendo, como foi feito neste trabalho, sobre a publicidade indevida, o que está permitido pelo nosso ordenamento, além de como se proteger diante dessas condutas, o que contribui para a sociedade, não apenas acadêmica, mas de modo geral, através das devidas informações. Mesmo que o CDC seja uma lei não tão recente, ainda ocorrem muitos problemas no tocante à publicidade, por este motivo é relevante debater acerca do tema.

A conceituação de *marketing*, publicidade e propaganda foi relevante para delimitar o assunto tratado e alcançar maior familiarização sobre cada um dos termos, evitando confusões feitas comumente.

A partir de uma análise principiológica acerca do tema, foi possível perceber que o CDC limita a atividade publicitária não apenas por meio de regras jurídicas, mas também por meio de preceitos mais gerais (princípios).

A partir do problema proposto, restaram demonstrados os limites da publicidade e a responsabilização daqueles que transcenderem esses limites, sejam fornecedores, agências publicitárias ou veículos de comunicação. Como visto, as normas que disciplinam a atividade

publicitária não apenas encontram-se no Código de Defesa do Consumidor, mas também no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e na Carta Magna de 1988.

Observou-se também entendimento jurisprudencial pertinente ao tema, na intenção de demonstrar concretamente como tais limites e responsabilização são aplicados. Não obstante, foram apresentados meios que permitem reverter ou ao menos diminuir os prejuízos resultantes da publicidade indevida, a fim de evitar maiores danos ao consumidor, frente à atual sociedade de hiperconsumo em que, quanto mais se consome, mais distante fica o indivíduo do que acredita ser a felicidade.

O ordenamento pátrio visa a proteger o consumidor, tendo em vista que apenas com essa diferenciação no tratamento, pode-se alcançar a igualdade material, para além da igualdade formal, atingindo, deste modo, uma paridade de armas entre as partes de uma relação de consumo.

Como visto, apenas com o conhecimento sobre o que é a publicidade enganosa e abusiva, é possível defender-se frente a ela, evitando danos que frustrem as expectativas ou até mesmo, materialmente, a condição financeira do consumidor, agravando também problemas como o hiperconsumo. A ideia é evitar que o consumidor seja levado ao consumo acreditando que a felicidade virá daqueles bens, o que não ocorre, apenas tornando-o ainda mais escravo do mercado.

Por isso, esse tema ainda precisa ser estudado amplamente e divulgado para que todos tenham o necessário conhecimento sobre o que é permitido ou proibido na produção publicitária, permitindo que os direitos elencados no Código de Defesa do Consumidor quanto à publicidade possam ser efetivamente aplicados no cotidiano. A divulgação deve ser feita através da adoção de disciplina obrigatória desde o ensino infantil acerca da consciência consumerista, buscando formar consumidores conscientes que consigam analisar o trinômio da necessidade-utilidade-possibilidade. O referido conhecimento também deve ser difundido por meio de campanhas educativas que façam do consumidor um ser ainda mais pensante e crítico frente às necessidades da nossa hodierna sociedade hiperconsumista e superendividada.

Além disso, é preciso que haja novos estudos, a respeito de como difundir mais as informações sobre as limitações da publicidade e de como o consumidor pode buscar a efetivação dos seus direitos, apenas assim pode o tema da publicidade chegar a todos os nichos da sociedade, e tornar-se ainda mais concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Felipe dos Reis; OLIVEIRA, Carolina Sobreira de. **Responsabilidade civil da agência publicitária**. Fortaleza: 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/95-Texto%20do%20artigo-272-1-10-20170220.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018

BATISTA, Germano de Sordi. **A vulnerabilidade do consumidor e a inversão do ônus da prova no CDC**. 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4787,41046-A+vulnerabilidade+do+consumidor+e+a+inversao+do+onus+da+prova+no+CDC>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 24 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 492. Relator: João Otávio de Noronha. São Paulo, 29 de fevereiro de 2012. **Informativo**. São Paulo, . Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-492-do-stj-2012,36096.html>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Tj-df. Jurisprudência nº 20070610043386. Relator: ALFEU MACHADO. **Civil, Consumidor**. Df, 18 dez. 2007. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2633217/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20070610043386-df>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 00015539320148220005 RO 0001553-93.2014.822.0005. Relator: Desembargador Rowilson Teixeira. Rondonia, 12 de abril de 2017. **Apelação Cível**. Rondônia, 20 abr. 2017. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451367274/apelacao-apl-15539320148220005-ro-0001553-9320148220005>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 10018858220148260053 SP 1001885-82.2014.8.26.0053. Relator: Marcelo Semer. São Paulo, SP, 18 de junho de

2018. **ApelaÇÃO.**: AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. PUBLICIDADE ABUSIVA. ART. 37, § 2º, CDC. São Paulo, 25 jun. 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594494177/10018858220148260053-sp-1001885-8220148260053>>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 001308520201581600300 PR 0013085-20.2015.8.16.0030/0. Relator: Fernando Swain Ganem. **Veículo Adquirido em Leilão:** informações falsas. Paraná, 29 mar. 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322875468/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-1308520201581600300-pr-0013085-2020158160030-0-acordao>>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. **CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.** SÃO Paulo: 1980. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/orientacoes-gerais/publicidade/codigo-bras-de-autoregulamentacao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

CONAR. Representação nº 048/07, em recurso ordinário. Conar, a partir de queixa de consumidor. Wellness. Relator: Conselheiros Júlio Abramczyk e Ana Paula Cherubini dos Santos. **DESAFIO VERÃO SLIMCAPS.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4637>> Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Representação nº 07/07. Conar, a partir de queixa de consumidor. Import Express Service. Relator: conselheiro Rubens da Costa Santos. **TECNOMANIA - CÂMARA DIGITAL TEKPIX.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=1618>> Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Representação nº 078/15. Grupo de consumidores. Cervejaria Petrópolis. Relator: Conselheira Taciana Carvalho. **ITAIPAVA 100%.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4116>> Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Representação nº 233/13, em recurso ordinário. Conar, mediante queixa de consumidor. Claro. Relator: Conselheiras Selma Souto e Tânia Pavlovsky. **Claro-trote.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3750>> Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Representação nº 280/17. Conar, mediante queixa de consumidor. Laticínios Pereira. Relator: Conselheiro Renato de Souza Dias. **ÁGUA SFERRIÊ.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4826>> Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Representação nº 296/08. Conar, por iniciativa própria. Americanas.com. Relator: conselheiro Cláudio Prado. **Americanas.com – liquidação de aquecedores.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=1218>> Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Representação nº 302/16. Conar, grupo de consumidores. Móveis Alezzia. Relator: Conselheira Carla Simas. **ALEZZIA MOVEIS.** Brasil, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4537>> Acesso em: 17 set. 2018.

DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?. 20-?.** Disponível em: <

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050>. Acesso em: 06 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.a., 2015. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B1nSGy2NM4gVT3FvRWxyTUw2a0U>>. Acesso em: 03 out. 2018.

FRANÇA JUNIOR, Carlos Alberto. **Princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor acerca da Publicidade**, [201-] Disponível em: <<file:///C:/Users/josea/Downloads/PrincipiosadotadospeloCodigodeDefesadoConsumidoracercadaPublicidade.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2016

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Mini Dicionário Houaiss: de língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor: Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Atlas, 2009.

KOTLER, Philip **Marketing 1** Philip Kotler; tradução H. de Barros; revisão técnica Dilsort Gabriel dos Santos e Marcos Cortez Campornar. - - Ed. compacta. - - São Paulo: Atlas, 1996.

_____. Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de marketing**. 15 ed. São Paulo: Pearson Brasil, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. Edições 70, 2007

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B1nSGy2NM4gVT3FvRWxyTUw2a0U>>. Acesso em: 03 out. 2018.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PALUDO, Daniela Maria. **PRINCÍPIOS ADOTADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Disponível em: <https://www.univates.br/media/graduacao/direito/PRINCIPIOS_ADOTADOS_PELO_CODIGO_DO_CONSUMIDOR.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

PEREIRA, Luiz Fernando. **Breves noções sobre os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor**. 2013. Disponível em:

<<https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/111968098/breves-nocoas-sobre-os-principios-gerais-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 17 jul. 2018

RAMOS, Ana Carenina Pamplona Pinho. **Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11209&revista_caderno=10>. Acesso em: 25 maio 2018.

REIS, André Prado Marques dos. **Jusnaturalismo, Positivismo e pós-positivismo: breve reflexão**. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,jusnaturalismo-positivismo-e-pos-positivismo-breve-reflexao,26977.html>>. Acesso em: 05 set. 2018.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/o-contrato-social.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/josea/Downloads/#2017%20TARTUCE%20-%20Direito%20Civil.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Disponível em: <<http://www.mkmouse.com.br/livros/Manual-de-Direito-do-Consumidor-Vol.%C3%9Anico-DanielAmorimeFl%C3%A1vioTartuce-3%C2%AA-2014.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VANIN, Carlos Eduardo. **Jusnaturalismo e Juspositivismo**. 2015. Disponível em: <<https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/189321440/jusnaturalismo-e-juspositivismo>>. Acesso em: 06 set. 2018.

VERDAN, Tauã Lima. **Tessituras ao Princípio da Transparência da Fundamentação da Publicidade no Direito do Consumidor: A proeminência da densidade do axioma da vulnerabilidade do consumidor**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj044989.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.